

UNIVERSITÉ DE LYON. — FACULTÉ DE DROIT

LES
EXÉCUTEURS TESTAMENTAIRES

DANS LE
NOUVEAU CODE CIVIL ALLEMAND

THÈSE POUR LE DOCTORAT
(Sciences juridiques)

*présentée et soutenue le samedi 21 novembre 1903, à 2 heures
dans le grand amphithéâtre de la Faculté de droit de Lyon.*

PAR

Gaston VUCHOT

JUGE SUPPLÉANT AU TRIBUNAL CIVIL DE VIENNE
LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE LYON
LAURÉAT DE LA SOCIÉTÉ D'ÉCONOMIE POLITIQUE ET D'ÉCONOMIE SOCIALE
DE LYON
LAURÉAT DE L'ASSOCIATION DES ANCIENS ÉTUDIANTS EN DROIT
DE L'UNIVERSITÉ DE LYON

Président : M. LAMBERT, professeur.

Suffragants : { MM. APPLETON Charles, *professeur.*
 { HUVELIN, *agrégé.*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE
ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR
14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1903



Digitized by the Internet Archive
in 2026

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

UNIVERSITÉ DE LYON

FACULTÉ DE DROIT

MM. CAILLEMER (C. ✱, I. ☞), Doyen, professeur de droit civil, correspondant de l'Institut.

MABIRE (✱, I. ☞), professeur honoraire.

THALLER (I. ☞), professeur honoraire.

AUDIBERT (I. ☞), professeur honoraire.

GARRAUD (I. ☞), professeur de droit criminel.

APPLETON (Charles) (I. ☞), professeur de droit romain.

FLURER (I. ☞), professeur de droit civil, assesseur du doyen.

COHENDY (✱, I. ☞), professeur de droit commercial.

PIC (I. ☞), professeur de droit international public.

APPLETON (Jean) (A. ☞), professeur de droit administratif.

LAMBERT (A. ☞), professeur d'histoire du droit.

BOUVIER (A. ☞), professeur de science financière et de législation française des finances.

LAMEIRE (A. ☞), professeur d'histoire du droit public et de droit administratif.

JOSSERAND (A. ☞), professeur de droit civil.

BROUILHET (A. ☞), agrégé, sciences économiques.

HUVELIN, agrégé, histoire du droit.

LÉVY (A. ☞), agrégé, droit privé et criminel.

GONNARD, agrégé, sciences économiques.

CAILLEMER (Robert), chargé de cours, histoire du droit.

BECQ (J.) (I. ☞), secrétaire.

LES
EXÉCUTEURS TESTAMENTAIRES

DANS LE
NOUVEAU CODE CIVIL ALLEMAND

THÈSE POUR LE DOCTORAT
(Sciences juridiques)

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-DESSUS
sera soutenu le samedi 21 novembre 1903, à 2 heures
dans le grand amphithéâtre de la Faculté de droit de Lyon.

PAR

Gaston VUCHOT

JUGE SUPPLÉANT AU TRIBUNAL CIVIL DE VIENNE
LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE LYON
LAURÉAT DE LA SOCIÉTÉ D'ÉCONOMIE POLITIQUE ET D'ÉCONOMIE SOCIALE
DE LYON
LAURÉAT DE L'ASSOCIATION DES ANCIENS ÉTUDIANTS EN DROIT
DE L'UNIVERSITÉ DE LYON

Président : M. LAMBERT, professeur.

Suffragants : { MM. APPLETON Charles, professeur.
HUVELIN, agrégé.



PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE
ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1903

A MES CHERS PARENTS

Hommage d'affection et de reconnaissance.

INTRODUCTION

Avant d'aborder l'étude de l'exécution testamentaire dans le nouveau code civil allemand, il semble utile de donner une idée générale de cette institution, en indiquant rapidement ses origines et son importance considérable dans celles des législations actuelles qui lui font la place la plus large. Cette vue d'ensemble nous permettra de nous rendre compte plus facilement de la situation réservée à l'exécuteur par le code allemand.

Les racines lointaines de l'exécution testamentaire plongent jusque dans le droit germanique. Les peuples germains ignoraient le testament qui rencontrait chez eux deux obstacles : 1^o la copropriété familiale, 2^o la nécessité de la tradition (qui ne peut s'effectuer qu'entre vifs), pour les transferts de propriété. La notion de la copropriété familiale s'atténuant peu à peu, on tourna le second obstacle de la façon suivante : celui qui voulait transmettre à une personne déterminée les biens dont il pouvait disposer en faisait tradition, de son vivant, à un homme de confiance, Salmann, qui les employait, après sa mort, selon ses indications.

C'est ce Salmann qui est devenu l'exécuteur testamentaire du droit canonique. L'Eglise a maintenu le testament romain, mais en le transformant sous l'influence des idées germaniques et dans son intérêt. Elle en fit un acte religieux qui devait contenir des legs pieux pour le salut de l'âme du testateur. Pour éviter le danger de voir ces dispositions capitales inexécutées par ses héritiers, peu enclins à se dépouiller eux-mêmes, le mourant transmettait à un homme de confiance, en lui faisant connaître sa volonté, les biens qu'il destinait à des buts pieux et le chargeait de les remettre après sa mort aux bénéficiaires dans les formes voulues. Parfois même, quand il ne savait comment employer ses libéralités, il se contentait de les transférer au Salmann qui en disposait à son gré.

L'exécuteur testamentaire nous apparaît à cette époque comme un représentant de la personne du défunt, comme un successeur *in universum jus*, mais temporaire; il reçoit les biens pour les remettre à d'autres personnes. Il convient de remarquer que son droit ne s'étend pas à tous les biens du défunt, mais seulement à ceux dont ce dernier pouvait disposer par testament. Ces biens étaient déterminés d'une façon extrêmement variable selon les pays. Ils passaient sur la tête de l'exécuteur par suite de la tradition faite par le *de cujus* de son vivant, de sorte que les légataires recevaient leurs legs des mains de l'homme de confiance du testateur.

Lors de la renaissance du droit romain, l'exécution eut des fortunes diverses en Angleterre et sur le continent. Pendant que sous l'influence de postglossateurs, elle s'effaçait peu à peu, en France notamment, devant

l'institution d'héritiers, elle continuait à occuper, dans le droit anglais, une situation importante et sans cesse accrue. La désignation d'un exécuteur était regardée comme nécessaire en Angleterre à la validité du testament. Mais on admit bientôt que lorsque le défunt n'avait désigné personne, l'official devenait exécuteur de droit. On peut comparer l'exécution testamentaire du droit anglais à l'institution d'héritier romaine, avec cette différence que le défaut de nomination d'un exécuteur entraînait, non pas la nullité du testament, mais une exécution légale.

De nos jours, les attributions de l'exécuteur ont encore été augmentées. Ses pouvoirs ne se sont d'abord étendus qu'à la *personal property* du défunt. Cette restriction s'expliquait par ce fait, que, primitivement, la *real property* appartenait à la famille et que le *de cujus* ne pouvait en priver cette dernière que par acte entre vifs et non pas par testament. Il y a quelques années encore, le droit anglais ne faisait de l'exécuteur un successeur du testateur que pour la *personal property* (biens meubles, créances, dettes), mais depuis 1897, il a élargi considérablement son rôle ; en effet par le *land transfer act*, il lui a accordé également la représentation du défunt en ce qui concerne la *real property*.

Actuellement, en Angleterre, l'exécuteur représente la personne du *de cujus* et de la façon la plus étendue. Est-il parvenu au même résultat en France ?

En droit romain, l'héritier institué occupait la place de l'exécuteur testamentaire en droit canonique. Les postglossateurs voulurent substituer à l'exécution l'institution d'héritier. Ils n'y réussirent pas en Angleterre, mais sur le continent, dans la lutte engagée du ^{xiii}e au

xvi^e siècle entre ces deux institutions, l'institution d'héritier gagna du terrain au détriment de l'exécution. Ce mouvement peut être suivi en France, en Allemagne, en Italie, en Espagne. Dans notre pays, par exemple, l'exécuteur perdit successivement la représentation active et passive du défunt ; sa saisine devint temporaire et se restreignit aux meubles ; le légataire universel ou l'héritier institué, et non plus l'exécuteur, furent regardés comme propriétaires. Enfin au xvii^e et xviii^e siècle, la saisine limitée de l'exécuteur n'exclut même plus celle de l'héritier. Mais cet abaissement de l'homme de confiance du défunt ne se réalisa qu'au profit de l'héritier institué ou du légataire universel ; en leur absence, l'exécuteur conserva son ancien rôle. Si bien qu'au xviii^e siècle, on se trouva en présence de deux sortes d'exécuteurs : les uns à larges pouvoirs, les distributeurs de biens, préférés par les testateurs aux héritiers institués pour les legs pieux ou charitables : ils ont gardé leur ancienne fonction ; les autres à pouvoirs restreints, les exécuteurs ordinaires, détenteurs bien plutôt que propriétaires : ils ont été réduits au rôle de simples mandataires.

Le code n'a conservé que le type d'exécuteur à pouvoirs restreints. Son choix s'explique par l'histoire de sa rédaction. La législation intermédiaire s'était montrée hostile à la liberté de tester, pour éviter le retour de pratiques aristocratiques, telles que les substitutions. Or, la distribution de biens était incompatible avec cette idée et avec celle de la saisine des héritiers du sang, même éloignés. Avec le code, le testateur put désigner un héritier de son choix, mais on n'édicta pas de textes relatifs à la distribution de biens, qui, du

reste, était assez rare à la fin de l'ancien droit. Le code ne s'occupa que de l'exécuteur ordinaire et diminua encore ses pouvoirs. Il lui reconnaît un droit de surveillance sur les héritiers, qui doivent réaliser les dispositions de dernière volonté, et le droit de procéder à certaines mesures conservatoires, par exemple, à l'inventaire, en présence de l'héritier présomptif ou lui dûment appelé. Quant aux pouvoirs réels de l'exécuteur, ils sont tout à fait restreints : il peut provoquer la vente du mobilier à défaut de deniers suffisants pour acquitter les legs et intervenir dans les procès qui concernent la validité du testament.

A la vérité, le testateur peut accroître ses pouvoirs par une disposition spéciale, mais dans une mesure dérisoire, et encore les héritiers ont-ils le moyen de réduire cette disposition à néant. L'art. 1026 décide en effet que le testateur peut lui donner la saisine de tout ou seulement d'une partie de son mobilier, mais que cette saisine ne pourra durer au-delà de l'an et jour à compter de son décès, tandis que l'art. 1027 ajoute : l'héritier pourra la faire cesser en offrant de remettre aux exécuteurs testamentaires somme suffisante pour le paiement des legs mobiliers ou en justifiant de ce paiement. (Dans l'ancien droit, l'exécuteur avait la saisine du mobilier de plein droit pendant l'an et jour.)

D'après le code, l'exécuteur n'est plus un représentant de la personne du défunt ; il n'a que le pouvoir d'agir au nom du testateur ; c'est une sorte de mandataire. Mais on se tromperait lourdement, si l'on croyait que le code donne une idée, même approximative, de la situation actuelle de l'exécuteur. Le développement de l'idée de solidarité sociale, la multiplication des tes-

taments créant ou dotant des œuvres d'intérêt général, charitables ou autres, ont provoqué une nouvelle évolution de l'exécution, en sens inverse de celle que nous venons d'étudier. Ces testaments d'intérêt collectif ont fait réapparaître la distribution de biens, de sorte qu'à côté de l'exécuteur à pouvoirs insignifiants du code, on rencontre l'exécuteur de la jurisprudence, muni de pouvoirs de plus en plus larges.

Les rédacteurs du code ont sûrement voulu déterminer les pouvoirs maxima de l'exécuteur. Mais cette idée condamnait notre institution à la stérilité. Aussi la jurisprudence commença-t-elle par admettre que les dispositions du code n'étaient qu'énonciatives et n'empêchaient pas le testateur d'accorder d'autres pouvoirs à son homme de confiance. Successivement, elle permit au testateur d'autoriser l'exécuteur à payer les dettes de la succession, à vendre des immeubles si les meubles ne suffisaient pas à acquitter ces dettes. Par là, elle cessa de regarder l'exécuteur comme un simple surveillant. Ce point acquis, le testateur put, par la suite, le charger de vendre les immeubles et d'en partager le prix entre les héritiers, pour éviter des difficultés de partage. Dans la première moitié du XIX^e siècle, l'exécuteur reconquit donc deux attributions importantes : il put liquider la succession et la partager entre les héritiers.

Mais ce sont surtout les testaments faits dans un but de charité ou d'intérêt collectifs qui ont permis à l'exécuteur de recouvrer son ancien rôle de distributeur de biens. Le droit administratif met à la disposition du testateur qui veut faire un legs à un groupe d'individus, des personnes morales déterminées comme distributeurs de biens légaux. Mais ce système présente des inconvé-

nients : on sait, que d'après l'art. 910 du c. c., ces personnes doivent être autorisées à accepter ces legs par l'état, qui peut refuser son autorisation ; d'un autre côté, le testateur a souvent une certaine répugnance à s'adresser à ces administrations, dans la crainte de voir sa volonté mal interprétée.

L'exécuteur était tout indiqué pour remédier à ces inconvénients, surtout après l'extension, que nous venons de signaler, de ses pouvoirs par la jurisprudence. Car le testateur se défie de ses héritiers pour l'exécution de telles dispositions ; de plus, il peut ne s'être pas désigné de successeur. On arriva à admettre que le *de cujus* peut ne pas laisser d'héritier et charger un exécuteur de répartir entre les intéressés une succession composée tout entière de legs particuliers. Mais dans ce cas, n'allait-on pas être forcé de regarder l'exécuteur comme ayant succédé pour le tout au défunt et de mettre ainsi en contradiction le système de la jurisprudence et celui du code ? On admit pourtant pendant quelque temps encore que l'exécuteur ne succédait pas au *de cujus*, dont il ne faisait que désigner les continuateurs directs.

Cette conception était artificielle et on se vit obligé de considérer l'exécuteur comme représentant du défunt, lorsqu'on voulut se servir de lui pour réaliser des fondations. On soutenait et une partie de la doctrine soutient encore, que le seul moyen d'arriver à cette réalisation consiste dans l'attribution de la libéralité à des établissements poursuivant le même but que celui que le testateur veut atteindre.

Cette opinion entraîne des inconvénients, dont l'un a déjà été signalé : le testateur veut parfois n'avoir re-

cours à aucun établissement, d'autre part il peut se faire qu'il n'existe pas d'établissement répondant au but d'intérêt général que se propose le *de cuius*. Dans ce deuxième cas, il faudra d'abord créer l'établissement, l'hôpital, par exemple, voulu par le défunt, en satisfaisant aux exigences du droit administratif. Mais ces conditions remplies, l'hôpital ne pourra pas encore bénéficier des sommes à lui destinées ; l'art. 906 du c. c. s'y oppose : les personnes non conçues à la mort du testateur ne peuvent recevoir par testament.

La jurisprudence a tourné la difficulté en déclarant que l'art. 906 ne s'applique qu'aux legs, qui procurent un bénéfice direct aux légataires, et non pas aux charges. Il suffit donc, au lieu de léguer ses biens à l'établissement à créer, de les léguer à une autre personne, morale ou physique, avec charge de les remettre à l'établissement, une fois ce dernier créé. Le légataire pouvant ne pas exécuter la charge, et préférer se laisser actionner en révocation, la pratique reconnut à la personne morale créée et investie de la personnalité civile, le droit d'agir contre le légataire en exécution de la charge. Avec cette innovation permettant au bénéficiaire de demander lui-même l'exécution de la charge, cette dernière devenait aussi avantageuse que le legs.

Il semble que rien n'empêchait plus le testateur de laisser ses biens à l'exécuteur pour les remettre à l'établissement à fonder, lorsque celui-ci serait pourvu de l'existence légale.

Seulement, l'exécuteur est regardé par le droit civil comme un mandataire ; il ne peut continuer la personne du défunt et fixer les biens sur sa tête jusqu'à la création de l'établissement. Ce dernier obstacle faillit arrêter le

développement de l'institution. Mais la jurisprudence le tourna comme les autres. A côté des héritiers, notre code connaît des légataires universels. Pour arriver à donner à l'exécuteur la représentation souhaitée, il suffisait de l'appeler légataire universel. C'est ce qui se passe actuellement dans la pratique, sans que le caractère de l'exécution en soit altéré pour cela.

Aujourd'hui, notre exécuteur ne ressemble plus à celui du code ; il ne ressemble pas non plus au légataire universel. C'est à l'ancien distributeur de biens, ressuscité sous un nouveau nom, qu'on peut le mieux le comparer. Après s'être éloigné autant que possible de l'exécuteur du droit anglais, il s'en est rapproché, en devenant aussi, sous l'influence des nécessités pratiques, représentant du défunt (1).

Devant la situation importante accordée à l'exécuteur testamentaire en Angleterre, et aussi, quoiqu'à un degré moindre, dans les pays anglo-saxons, devant la tendance à élargir encore son rôle, tendance qui peut être constatée non seulement en France, mais encore dans la plupart des pays latins, il nous a paru intéressant d'étudier d'une façon approfondie cette institution en Allemagne, pays où elle est née, où elle a poussé des racines vivaces et où elle a revêtu des formes merveilleusement variées. Et l'intérêt de cette étude est encore augmenté par ce fait que l'exécution a subi, en Allemagne, une évolution qu'on peut rapprocher de celle qu'elle a eue en droit français. Avec la renaissance du droit romain, elle a souffert, d'une façon générale, une

(1) Les emprunts les plus étendus ont été faits, pour cette introduction, au cours de doctorat professé par M. LAMBERT, en 1900-1901.

certaine diminution, plus accentuée dans certains droits particuliers. Elle a failli sortir complètement mutilée de la rédaction du code : le premier projet lui enlevait toute importance pratique. Par contre, la rédaction définitive, renouant le lien historique un moment rompu, lui a fait une place considérable.

Le code allemand est muet sur la situation juridique qu'il entend accorder à l'exécuteur. Il se contente d'énumérer les pouvoirs qu'il lui concède, pouvoirs d'ailleurs très étendus ; l'exécuteur a le droit d'exécuter la dernière volonté, de partager la succession, de l'administrer, de la prendre en possession, de disposer des objets qui la composent, de contracter pour elle des obligations, d'intenter des procès sur les droits soumis à son administration, d'y défendre dans certains cas.

Mais avant d'arriver à ce résultat, les législations allemandes ont passé par bien des étapes, elles ont subi l'influence de nombreuses théories qui leur ont imprimé des mouvements de progrès ou de recul. L'étude de ces diverses théories formera la première partie de notre exposé. La deuxième, la troisième et la quatrième parties seront consacrées à l'examen de l'exécution telle que la conçoit le code ; dans la seconde, nous nous occuperons spécialement des dispositions qui ne se rattachent qu'indirectement aux droits et devoirs de l'exécuteur, c'est-à-dire des conditions de capacité que ce dernier doit remplir, des règles relatives à sa nomination, à son entrée en fonctions, à la fin de sa charge ; dans la troisième, de ses droits et devoirs ; dans la quatrième enfin, des modifications apportées, par la présence d'un exécuteur, aux droits et devoirs de l'héritier et des tiers.

Comme le code se borne à donner des dispositions de détail, sans indiquer la nature du droit qu'il accorde à l'exécuteur, notre tâche ne sera pas encore terminée. Nous devons caractériser ce droit, après avoir étudié les diverses prescriptions du titre des exécuteurs. C'est ce que nous tâcherons de faire dans notre conclusion.

PREMIÈRE PARTIE

LES DIVERSES THÉORIES

Nous avons vu que, dans l'impossibilité où l'on était à l'époque franque, de faire une libéralité par testament, on dut s'aviser d'un expédient que l'on trouva dans la nomination d'un exécuteur de sa volonté. Celui qui voulait, au début, se créer des héritiers artificiels lorsqu'il n'avait pas de successibles, et plus tard réaliser une donation, dans un but de générosité, de charité, ou surtout de piété, transmettait par acte entre vifs ses biens à une personne de confiance qui devait les distribuer, après sa mort, et selon les désirs qu'il avait exprimés, tout comme le *familiæ emptor* de la *mancipatio familiæ* dans sa forme primitive.

Mais le pouvoir conféré à l'exécuteur sur les biens à distribuer diffère profondément du droit qui appartient au *familiæ emptor*. Ce dernier acquiert la propriété du droit romain, c'est-à dire un droit bien défini et absolu comprenant les *jura utendi, fruendi, abutendi*, tandis que l'exécuteur n'acquiert que la propriété que concevaient les coutumes germaniques. Or, pour ces dernières, il n'y a qu'un seul droit réel possible sur une

chose : la propriété, dont les éléments essentiels sont le droit d'user et de jouir et qui se manifeste toujours sous la même forme, celle de la saisine. Ce droit est susceptible de modalités infinies ; très souple, il se pliera à toutes les nécessités pratiques ; l'exécuteur aura, selon le but poursuivi par celui qui l'a choisi, des attributions plus ou moins larges ; il aura tous les pouvoirs nécessaires à sa mission, mais ceux-là seulement. Ce concept d'une propriété malléable permet seul de se faire une idée du droit réel de l'exécuteur au moyen âge, droit qu'on ne peut faire rentrer dans aucune des catégories habituelles des droits réels (1).

La renaissance du droit romain substitua à cette notion d'une forme unique de droits réels, d'une propriété souple et variable, la conception romaine de la propriété, droit très net, différent des autres droits réels. Une question se posa alors : puisqu'on se trouvait en présence d'un exécuteur investi de la propriété (au sens germanique, il est vrai), fallait-il lui laisser ce droit, mais transformé par les principes romains ? Ou bien fallait-il n'accorder à l'homme investi de la confiance du défunt que des droits plus limités, un droit de propriété romaine pouvant paraître excessif pour le but que l'on se proposait ? Cette dernière idée finit par triompher. Mais si l'on ne faisait plus de l'exécuteur un propriétaire, quelle serait sa situation juridique ? serait-ce celle d'un tuteur, d'un mandataire, d'un arbitre, etc. ?

D'un autre côté, cet exécuteur n'allait-il pas faire

(1) CAILLEMER. *Origines et développement de l'exécution testamentaire* (époque franque et moyen âge), p. 336 s.

double emploi avec l'héritier institué? A mesure que ce dernier reprenait une place prépondérante, les pouvoirs de l'exécuteur diminuaient. Ce mouvement est surtout sensible dans le Midi de la France et en Italie ; au ^{xiv}^e siècle, l'exécuteur n'est plus un intermédiaire de transmission ; son rôle se réduit à un simple droit de surveillance sur l'héritier. La même évolution s'est produite aussi dans la France du Nord, surtout à partir du ^{xvii}^e siècle, et en Allemagne, après la réception du droit romain.

Après cette transformation du droit successoral, il était difficile de savoir quel droit on devait reconnaître à l'exécuteur vis-à-vis de l'héritier. Un droit de propriété était trop absolu et trop étendu pour le but à atteindre, d'ailleurs il était impossible de le lui accorder, l'héritier étant propriétaire de la succession. En réponse à cette question, les théories les plus variées ont été soutenues ; les plus anciennes essayent d'expliquer la nature juridique de l'exécution simplement en rapprochant cette dernière d'autres institutions avec lesquelles elle offre plus ou moins d'analogie ; ce sont les théories de la tutelle, du mandat et de l'arbitre, qui n'ont plus de partisans aujourd'hui.

La doctrine de Beseler leur a porté le coup de grâce, doctrine qui voit dans la nomination de l'exécuteur une extension de la *testamenti factio* et fait de l'exécution une institution spéciale du droit héréditaire. Ce dernier point est resté acquis et a servi de point de départ à tous les auteurs subséquents. Mais la situation même de l'exécuteur a fait l'objet de nombreux essais d'explications : les uns ont voulu le rendre indépendant vis-à-vis de l'héritier, seulement ils ont éprouvé le besoin de

faire entre l'exécuteur et le légataire des comparaisons qui ont eu pour résultat de faire croire qu'ils entendaient assimiler l'exécuteur à un légataire grevé d'une charge, alors qu'ils avaient simplement pour but d'indiquer que l'exécuteur devait avoir une situation autonome. Nous verrons ces opinions sous le nom de théories improprement appelées théories du legs.

Cette idée de l'autonomie une fois indiquée, nous arrivons, avec Hartmann, à la notion d'un droit propre et indépendant qui ne s'appuie plus sur aucune comparaison, accordé à l'exécuteur, notion tout à fait en rapport avec la situation que doit occuper l'homme de confiance du testateur et avec le développement historique de l'institution. Pour avoir perdu de vue cette double considération, d'autres auteurs ont été amenés à voir dans l'exécuteur un simple représentant, soit de la succession, soit de l'héritier. Cette dernière théorie, reprise par le premier projet du code civil allemand, a failli entraîner la décadence complète de l'exécuteur, étant donné les entraves de toutes sortes apportées à l'exercice de ses droits. Le code, par bonheur, dans sa rédaction définitive, a rompu complètement avec les errements du premier projet et en s'inspirant de l'histoire du droit et des nécessités pratiques, a donné à l'exécuteur une situation large et libre.

Toutefois, avant d'étudier ses dispositions, il convient de rechercher s'il ne se dégage pas, des nombreuses théories que nous allons passer en revue, quelque principe solidement établi qui pourra nous servir de point de départ.

CHAPITRE PREMIER

THÉORIES BASÉES SUR L'ANALOGIE

§ 1. — Théorie de la tutelle,

Le rapprochement qui a été fait entre la tutelle et l'exécution testamentaire constitue le plus ancien essai d'explication de la nature juridique de cette dernière institution. Déjà, G. Durand (1), sans assimiler l'exécuteur et le tuteur, relève entre eux une assez grande quantité de ressemblances. Puis, de nombreux auteurs anciens, parmi lesquels on peut citer Mynsinger, Mevius, Carpzow, Lauterbach, Faber, reprennent cette donnée fournie par notre vieux canoniste, la développent et font de l'exécution une institution analogue à la tutelle. Après avoir triomphé au xvii^e siècle, cette théorie a trouvé de nos jours un dernier défenseur dans Windscheid (2). D'après ce savant jurisconsulte, l'exécuteur a, d'un côté, un certain pouvoir sur la fortune laissée par le

(1) *Speculum Juris*, lib. II, partic. II; De instrumentorum, édit. § 13.

(2) *Pand.* 3, § 567, note 7. Cpr. ARNDTS, *Lehrbuch der Pandekten*, § 504, note 2.

testateur, pouvoir qui doit être reconnu par l'héritier, d'autre part, il a des obligations envers ce dernier ; il a une situation analogue à celle du tuteur en Droit romain. Toutefois, Windscheid reconnaît lui-même : 1° que le tuteur est établi dans l'intérêt public, et, 2° qu'il n'entre pas volontairement en fonctions, tandis que, pour l'exécuteur, les intérêts privés du testateur seuls servent de règle et que personne ne le force à accepter la situation qui lui est offerte. Il conclut qu'il faut rejeter, dans la construction de la théorie, non pas l'analogie de la tutelle en général, mais seulement les conséquences qui résultent de ce que le tuteur répond à une nécessité d'ordre public et est forcé d'accepter sa charge.

Il est hors de doute qu'il existe des ressemblances entre les deux institutions ; le tuteur et l'exécuteur doivent rendre compte de leur administration et dresser inventaire ; ils administrent tous deux la fortune d'autrui, fortune dont le propriétaire ne peut plus disposer personnellement, dans le cas de tutelle, parce qu'il est incapable, dans le cas d'exécution, parce que le testateur n'a pas eu confiance en lui ou ne lui a pas supposé l'expérience nécessaire pour mener à bien les divers actes de la charge. Dans l'ancien droit, la ressemblance entre les deux institutions était encore augmentée par leur pénétration réciproque ; l'exécuteur avait souvent la tutelle des enfants du testateur et dans quelques droits particuliers, lorsque le testateur n'avait pas nommé de tuteur spécial, les exécuteurs devaient se charger en même temps que de leur mission de confiance, de la tutelle des enfants mineurs (1).

(1) STOBBE. *Handbuch des deutschen Privatrechts*, t. V, p. 264.

Mais en y regardant de près, les différences que signale Windscheid entre l'exécution et la tutelle se révèlent comme capitales. La tutelle est établie dans l'intérêt public, l'Etat ne peut laisser abandonnées à elles-mêmes les personnes qui ont besoin de surveillance ou de protection, comme les prodigues, les fous, les mineurs. Il doit aussi compléter la personnalité juridique de ces incapables. Pour ces raisons, qui intéressent la société entière, il désigne des personnes qui doivent être chargées de la tutelle et ne leur permet pas de refuser, sauf dans certains cas, le devoir qui leur incombe. De nombreux cas de destitution sont également prévus. En ce qui concerne l'exécution, la situation n'est pas la même. Des mesures légales étant prises pour que la succession arrive aux parents les plus proches, les désirs ordinaires du défunt se trouvent consacrés et ses héritiers sont suffisamment protégés. Si maintenant une personne quelconque veut prendre des dispositions spéciales, faire un testament, nommer un exécuteur, c'est une sorte de faveur qui lui est accordée. Si elle n'avait pas ces droits, l'ordre social ne serait pas troublé. La gradation des sentiments de famille, basée sur la parenté, serait même respectée d'une façon générale. Aussi, l'exécuteur pourra refuser la mission qu'on lui offre, y renoncer après l'avoir acceptée, et les causes de destitution seront infiniment moins nombreuses.

Si donc quelques ressemblances apparaissent entre les deux institutions, il y a trop de différences et elles sont trop profondes pour que l'on puisse songer à faire entre elles un rapprochement sérieux. Lorsqu'on aura enfin ajouté que le but principal de la tutelle consiste

dans le soin de la personne du mineur, tandis que l'exécution ne vise exclusivement que les biens, on comprendra facilement que l'on ne songe plus à établir une théorie sur cette analogie, et que l'opinion de Windscheid ne pourra faire revivre, malgré l'autorité qui s'attache au nom de cet auteur, une doctrine condamnée.

§ II. — Théorie du mandat.

L'opinion qui assimile l'exécuteur à un mandataire du testateur, a succédé à la théorie de la tutelle et a dominé jusqu'à nos jours. Elle a été défendue par de nombreux auteurs, parmi lesquels nous citerons seulement : Mühlenbruch (1), Puchta (2), et surtout Sintenis (3). En outre, elle a été sanctionnée dans le domaine de la loi par le Landrecht prussien, qui voit dans l'exécuteur un mandataire à larges pouvoirs (4). Comme toutes les théories que nous passons en revue, elle contient quelques points exacts : mandataire et exécuteur peuvent administrer la fortune d'autrui et l'avoir en leur possession ; les pouvoirs de l'exécuteur se déterminent d'après les termes de la mission qui lui est donnée dans le testament, comme ceux du mandataire se déterminent d'après les termes du mandat.

(1) Glück's Pandekten Commentar, fortgesetzt von MÜHLENBRUCH, 1843, t. XLIII, p. 416.

(2) *Pand.*, § 482.

(3) *Civilrecht*, t. III, p. 483.

(4) Tit. 12, § 557. Hat der Erblasser Jemandem die Vollziehung seines letzten Willens aufgetragen, so ist derselbe als ein Bevollmächtigter des Erblassers und die letztwillige Verordnung selbst als seine Vollmacht und Instruktion anzusehen.

Malgré cela, au point de vue juridique, cette analogie est encore plus insoutenable que celle de la tutelle. G. Durand la rejette déjà dans son *Speculum juris* (1) : *Ad secundum videtur quod executor sit procurator, cum gerat, cum mandato, ut dixi, et procurator est qui alterius mandato negotia administrat... Sed dic contra, nam si verus procurator esset, morte mandatoris finiretur ejus mandatum... nec posset contra heredem agere, sicut facit... quia hæres et defunctus eadem persona censetur... at absurdum esset, quod contra dominum procurator agere posset... Item si procurator esset, posset ab hærede eodemque domino ejus officium re integra revocari... et sic esset in hæredis potestate, defuncti voluntatem impedire : quod dicere est absurdum, cum ad eam implendam sit ipse cogendus...* Les raisons données par G. Durand sont péremptoires et Koch (2), ainsi que Windscheid (3), qui ont réfuté définitivement cette doctrine, se bornent à reproduire ses arguments en les complétant. On se heurte, à leur avis, à un obstacle insurmontable, parce que le lien de droit naît ici après la mort de l'un des contractants, tandis que le mandat s'éteint par la mort de l'un d'eux. Le mandat, qui est un contrat, ne peut être établi par l'acceptation de la déclaration de dernière volonté d'un mort. Le mandant peut bien donner mandat d'accomplir un acte après sa mort, mais le contrat est alors conclu entre deux vivants, tandis qu'ici le mandataire s'obligerait envers le défunt et contracterait avec un mort. En outre, l'exécuteur a un pouvoir qui

(1) *Loc. cit.*, n° 67.

(2) *Preuss. Erbrecht*, p. 338-339.

(3) *Pand.*, t. III, § 567.

doit être reconnu par l'héritier ; par suite, dans notre hypothèse, le mandat revêtirait le caractère d'un contrat déclaré unilatéralement et non révocable par l'héritier. Ce serait la terminologie, mais non pas l'institution romaine.

A cette doctrine, s'opposent donc des arguments décisifs, les uns théoriques, les autres pratiques. Théoriques : on se trouve en présence d'une disposition de dernière volonté, et non d'un contrat et on méconnaît le principe de la révocabilité du mandat. Pratiques : l'exécuteur, par ses fonctions, entrera souvent en conflit avec les héritiers, plus ou moins lésés par les dispositions de dernière volonté, il a donc besoin d'une situation autonome pour assurer l'accomplissement des désirs du testateur, et l'on ne saurait admettre que les héritiers puissent se débarrasser de son intervention gênante par une simple révocation. Enfin, comme le fait remarquer Beseler (1), le manque d'un principe autonome pour régler la compétence de l'exécuteur se fait vivement sentir, le plein pouvoir donné dans le testament, même rédigé avec soin (ce qui souvent ne sera pas le cas), peut être facilement insuffisant, et il a le défaut de laisser complètement dans le vague la situation respective de l'exécuteur et de l'héritier.

Cependant, ces objections n'ont point ébranlé un auteur récent. Goldfeld (2) examine le cas, fréquent selon lui, où avant de dresser son testament, le testateur s'assure que l'exécuteur de son choix veut bien se charger de l'exécution qu'il lui confie. Dans cette hypo-

(1) *Volksrecht und Juristenrecht*, p. 325.

(2) *Streitfragen aus dem deutschen Erbrecht*, p. 67, s.

thèse, il y a sans aucun doute un vrai mandat. Partant de là, Goldfeld réfute l'objection, pour lui non concluante, de Windscheid, qu'il n'y a pas, en l'espèce, de mandat, parce que l'exécuteur a un pouvoir qui doit être reconnu par l'héritier. Le droit moderne, à son avis, permet au testateur de limiter, en ordonnant une exécution testamentaire, les droits de l'héritier, droits qui ne passent à ce dernier qu'en tant qu'ils sont compatibles avec l'exécution. Le mandat de se charger de l'exécution n'en est pas moins un mandat, parce qu'il n'appartient pas à l'héritier de le révoquer. Le fondement de cette irrévocabilité se trouve plutôt dans le contenu spécial de ce mandat.

Le raisonnement de Goldfeld est ingénieux, mais est-il bien juste ? Le mandat est un contrat, donc un acte entre vifs, tandis que l'exécution est ordonnée par le testament, même pour Goldfeld ; or, quelle importance peut bien avoir, sur la nature de cette disposition, le fait, par le testateur, de sonder auparavant les intentions de celui qu'il veut désigner pour exécuteur ? Ce dernier peut bien se déclarer prêt à accepter la charge ; cela ne nous empêche pas d'avoir affaire à une disposition de dernière volonté et non pas à un contrat, ni à un mandat. De plus, nous avons vu que, si on admet le mandat, il faut le déformer et le rendre irrévocable. Il n'est pas besoin de plus amples critiques pour démontrer l'insuffisance de la théorie. Pour arriver à l'échafauder, on est obligé de mettre le mandat sur un lit de Procuste, dont il sort complètement défiguré : il est devenu un acte à cause de mort, unilatéral et irrévocable. Reconnaissons simplement qu'il existe quelques

analogies, permettant de traiter l'exécution, sur certains points, d'après les principes du mandat.

Au surplus, cette insuffisance est reconnue même par Goldfeld, Cette théorie ne décide rien, selon lui, sur la situation juridique de l'exécuteur vis-à-vis des héritiers et des tiers et surtout, elle ne fournit pas d'indications sur l'étendue de ses droits. En outre, un mandat sans formes ne peut pas suffire à fonder une exécution avec ses effets propres. Il faut plutôt dire, d'après l'opinion régnante et juste, que la concession d'un pouvoir, irrévocable de la part de l'héritier, et contenant une restriction de ses droits, ne peut avoir lieu que par acte de dernière volonté.

§ 3. — Théorie de l'arbitre (1).

La théorie de l'arbitre est née de l'insuffisance, dans certaines circonstances, de l'analogie de la tutelle et du mandat. Au moyen âge et en droit canonique s'est répandu l'usage de laisser à l'exécuteur le soin de disposer à son gré de tout ou partie de la fortune. Dans ce cas, on ne peut le comparer à un mandataire ou à un tuteur ; on lui donne le devoir de l'arbitrator qui est autorisé à agir de la façon qu'il croit la meilleure. Quelques siècles plus tard, l'exécuteur fut considéré comme une sorte de juge à larges pouvoirs, placé au-dessus des divers intéressés à la succession : créanciers, héritiers, légataires. Aujourd'hui l'exécuteur ne

(1) Voir surtout HELLFELD et LEYSER.

voit pas ces pouvoirs rentrer dans le cercle ordinaire de ses attributions, quoique le souvenir de l'ancienne théorie revienne instinctivement à la mémoire, lorsqu'il a à effectuer le partage entre les cohéritiers. En droit moderne, il peut être nommé par le testateur comme arbitre entre les intéressés, mais il faut pour cela une disposition expresse de dernière volonté, il ne l'est plus de plein droit. Raisonnablement, on ne peut admettre qu'il suffise de nommer un individu exécuteur pour lui conférer les pouvoirs d'un juge arbitre, car autre chose est exécuter le testament et autre chose est jouer, dans les différends éventuels des héritiers, le rôle de juge arbitre. Aussi le testateur n'est-il pas obligé, lorsqu'il veut nommer un arbitre, de désigner l'exécuteur pour remplir cette fonction ; il peut arrêter son choix sur une personne quelconque. Même au cas où il est chargé de cette mission, les pouvoirs de notre exécuteur ont été bien restreints. Les intéressés qui se sentent lésés peuvent toujours recourir à un jugement. Et cette solution est juste : l'exécuteur, investi de la confiance du testateur, de larges pouvoirs de disposition et de décision, élevé au rang de juge arbitre, a une situation prépondérante vis-à-vis des personnes intéressées à la succession. On ne peut pas sacrifier contre toute équité, ces dernières, en leur laissant simplement le choix, ou de se soumettre à une décision qu'elles jugent injuste, de l'exécuteur, ou de renoncer aux droits qui leur sont conférés par les dispositions de dernière volonté (2).

(1) *B. Gb.*, art. 2048.

(2) CPR. MÆDER. *Die Rechtsstellung des Testaments executors*, p. 12, 13.

CHAPITRE II

BESELER. THÉORIE DE LA REPRÉSENTATION FORMELLE

C'est Beseler (1) qui a le premier tenté, parmi les auteurs modernes, d'établir l'institution des exécuteurs testamentaires sur un fondement autonome et c'est de cela qu'il faut lui savoir gré, d'autant plus que certains jurisconsultes admettaient que l'exécution ne devait pas être regardée comme une institution juridique spéciale, mais qu'il fallait procéder par voie de comparaison pour arriver à découvrir sa nature (2). Cet auteur reconnaît bien qu'on ne peut passer sous silence les anciennes théories du mandat, de la tutelle et de l'arbitre ; ce n'est que par elles qu'il est possible de se rendre compte du développement de l'institution, mais aucune n'est susceptible de fournir un principe général permettant d'édifier une doctrine autonome.

Il voit dans la nomination de l'exécuteur un acte semblable à l'institution d'héritier : on sait qu'après la

(1) *Volksrecht und Juristenrecht*, p. 321. *Die Lehre von den Erbverträgen*, t. I, p. 242 s. 288 s. *Von den Testamentsvollziehern*, dans *Z. für deutsches Recht*, 1845. t. IX, p. 144 s. 228. 522.

(2) ROSSHIRT. *Z. für Civil und Criminalrecht*, 1833, t. I, p. 231.

réception du droit romain, dans son état le plus développé, les exécuteurs ne disparurent pas devant les héritiers institués ; ils avaient sur le sol germanique des racines trop vivaces. Pour justifier leur présence, on dut déformer les principes romains, on abandonna l'idée que l'héritier seul représente le testateur. D'après Beseler, il y eut extension de la *testamenti factio*. Pour parvenir à la réalisation de sa volonté, contraire souvent aux intérêts des successeurs aux biens, le testateur put nommer, à côté de ces derniers, un successeur à cette volonté même : un exécuteur. Cet homme de confiance représenta le testateur formellement, alors que l'héritier la représentait matériellement. La limite du pouvoir de représentation qui appartient à l'exécuteur est fixée par la volonté du testateur et l'intérêt des héritiers et des légataires.

Ce premier principe de Beseler : extension de la *testamenti factio* contient une idée absolument nouvelle et inconnue du droit romain. Comme le fait très bien remarquer Goldfeld (1), c'est une restriction des droits de l'héritier toute autre que celle que le testateur pouvait lui imposer jusque là au moyen des modes usités : legs, charges, etc. Le testateur était absolument maître, abstraction faite de la légitime, de laisser à l'héritier ce qu'il voulait, peu ou rien. Mais il ne pouvait lui enlever le droit de disposer de ce qu'il lui laissait en se nommant un représentant, placé à côté de son successeur et indépendant de la volonté de ce dernier. C'est pour désigner ce pouvoir nouveau du testateur que Beseler emploie les termes : extension de la *testamenti factio*.

(1) *Streitfragen aus dem deutschen Erbrecht*, p. 72.

Cette expression a donné lieu, au point de vue de sa signification exacte, à nombre de critiques et de controverses : certains auteurs, comme Förster (1), la blâment et prétendent que la nomination d'un exécuteur forme peut-être bien un nouvel objet permis pour un testament, inconnue qu'elle était au droit romain, mais que la liberté de tester en soi n'a pas été modifiée.

D'autres, comme Meischer (2), l'acceptent et admettent que son auteur a simplement voulu dire qu'une disposition de dernière volonté qui, jusque là, n'était pas permise, est devenue possible. D'autres enfin, comme Rosenthal (3), y voient une innovation plus considérable ; à Rome, le testateur pouvait tout simplement distribuer les éléments isolés de sa fortune, parce que chaque droit séparé lui appartenait ; aujourd'hui, il peut aller plus loin, il peut non seulement disposer de sa fortune, de chacun de ses droits en particulier, de telle ou telle manière, comme le testateur romain, mais il peut en outre communiquer à une personne un certain droit qui ne dérive en aucune façon d'un droit matériel lui appartenant, qui découle plutôt de sa volonté reconnue par la loi.

Avec cette théorie qui paraît la plus conforme à la nature de l'exécution, représentation de la volonté, comme la conçoit Beseler, l'action du testateur ne s'exercerait pas sur des droits déjà existants, elle serait créatrice d'un droit nouveau, naissant de lui-même et complètement indépendant. Mais il nous suffit d'indiquer ces controverses ; elles ne présentent aucun intérêt appré-

(1) *Preuss. Privatrecht*; 1^{re} Auflage, t. 4, p. 170-171.

(2) *Die letztwilligen Verfügungen*, p. 461.

(3) *Die rechtliche Natur der Testamentsexekution*, p. 15.

ciable, car si l'expression au sujet de laquelle elles se sont élevées : extension de la *testamenti factio*, manque peut-être de précision, il n'en ressort pas moins très clairement, que dans la pensée de l'auteur, l'exécution est une institution autonome de droit successoral. Or ce point, qui est précisément le point capital de la théorie, celui qui a fait la renommée de Beseler, n'est contesté par personne.

Par contre, le deuxième principe qui érige l'exécuteur en représentant formel du testateur a été l'objet de critiques qui paraissent plus fondées. Une telle division de la personnalité du testateur n'est guère compréhensible : le seul représentant est l'héritier. D'après Windscheid (1), il ne peut être dans la pensée de Beseler lui-même que l'exécuteur soit autorisé à agir et obligé en son propre nom ; la théorie de ce dernier auteur fournirait seulement deux points certains : l'homme de confiance du défunt possède, à l'égard de la fortune d'autrui, une situation juridique solide que l'héritier ne peut troubler ; il ne faut pas se baser, pour régler cette situation, sur l'analogie qu'elle peut présenter avec celle de l'héritier. Mais de quel principe, de quelle analogie faut-il partir pour l'expliquer ? On ne le sait, Beseler étant muet sur ce point.

D'autres auteurs vont plus loin, Rosenthal (2) voit dans cette partie de la théorie de Beseler un cercle vicieux et déclaré qu'elle n'a aucune signification. Car voici le principe que pose Beseler : l'exécution testamentaire est une représentation formelle du testateur,

(1) PAND. T. 3, § 567.

(2) *Op. cit.*, p. 14.

elle consiste dans le pouvoir d'exercer une partie des droits qui, sans elle, appartiendraient à l'héritier, mais cette portion de droits n'est pas autre chose que l'exécution du testament ; il y a donc un cercle et nous ne sommes pas plus avancés qu'auparavant. Cette critique, peut-être excessive, fait en tous cas nettement ressortir le peu de précision que l'on obtient avec la théorie de Beseler relativement à l'étendue des droits de l'exécuteur. Cependant, bien qu'elle soit exacte au fond, il ne faut pas exagérer son importance, pas plus que la valeur des objections de Windscheid et de certains autres jurisconsultes, puisque l'auteur de la théorie lui-même ne s'illusionne pas sur sa portée. Il concède que l'application de sa doctrine ne donnerait peut-être pas des résultats très satisfaisants ; qu'elle ne jetterait pas une grande clarté sur la situation juridique de l'exécuteur en soi et par rapport aux héritiers. En effet, elle ne permettrait que très difficilement de délimiter la ligne de démarcation entre la représentation formelle et la représentation matérielle.

Quoi qu'il en soit, même si la théorie que nous venons d'exposer ne contient, comme le veut Förster (1), qu'une justification de la manière dont Beseler arrive à nommer un exécuteur, ce dernier auteur n'en a pas moins fourni aux jurisconsultes ultérieurs, une base solide pour leurs constructions juridiques. Depuis ses divers ouvrages, l'exécution a été considérée comme une institution de droit héréditaire spéciale, autonome. Il a ressuscité le principe fondamental de l'exécution et ce n'est pas sans raisons qu'un de ses partisans, Meischei-

(1) *Op. cit.*, p. 171.

der (1), a pu dire que l'exécution gagne à être ramenée à une déviation du droit de succession, même si on doit se résigner, par suite de ses ressemblances extérieures avec la tutelle, le mandat et la doctrine de l'arbitre, à lui voir continuellement appliquer en pratique nombre de règles relatives à ces trois autres institutions.

De la théorie de Beseler, nous pouvons retenir que l'exécution est une institution de droit héréditaire spéciale, autonome; quant à la véritable situation juridique de l'exécuteur, elle reste à découvrir, puisque lui-même ne trouve pas sa doctrine complètement satisfaisante.

(1) *Op. cit.*, p. 459 et 464.

CHAPITRE III

THÉORIES IMPROPREMENT APPELÉES THÉORIES DU LEGS

De ce que certains auteurs ont trouvé entre l'exécuteur et le légataire une certaine ressemblance, on en a conclu, peut-être trop légèrement, qu'ils cherchaient à expliquer la nature juridique de l'exécution au moyen de la similitude qu'elle présenterait avec le legs. Mais malgré les apparences, ces auteurs ont toujours reconnu qu'il y avait, entre les deux institutions, une différence profonde, provenant d'ailleurs de la nature des choses, et qu'il fallait accorder à l'exécuteur, à raison de ses fonctions, une situation toute autre qu'au légataire (1). C'est ce que nous allons essayer de démontrer.

Comme principaux représentants de cette théorie, on a coutume de citer G. Durand et Koch. Il ne faut pas s'attendre à trouver chez le premier une doctrine solidement coordonnée ; il passe en revue les diverses opinions et se contente d'indiquer celle qui lui paraît préférable. Il se demande si l'on doit considérer l'exé-

(1) Voir dans le même sens, GOLDFELD, *op. cit.*, p. 76 et s.

cuteur comme un *negotiorum gestor*, et il répond que non, car celui-là est un véritable *negotiorum gestor*, qui gère les affaires d'autrui sans mandat, ou sans ordre à lui donné. Or l'exécuteur gère d'après une mission qui lui a été confiée.

En second lieu, G. Durand réfute, comme nous l'avons vu plus haut, la théorie du mandat.

En troisième et quatrième lieu, il se pose la question de savoir si l'exécuteur est un légataire ou se trouve *loco heredis*. Il distingue suivant que l'exécuteur est spécial, ou universel et chargé de distribuer toute la fortune en legs *propter favorem captivorum, vel pauperum, vel alimentorum* (n° 26 et s.). Dans ce dernier cas, le testament contient une nomination d'exécuteur sans institution d'héritier et G. Durand regarde cet exécuteur comme *loco heredis*, sauf quelques différences toutefois. Il appuie sa doctrine sur la constitution I, 3 *de episc. et cler.* 48 (49) au code et sur la nouvelle 131 ; *de eccles.*, C. 10-11.

Quant au point de savoir si les exécuteurs sont des légataires, G. Durand l'examine à propos des exécuteurs spéciaux. Il reconnaît quelques ressemblances entre l'exécuteur et le légataire, mais il les trouve insuffisantes pour permettre une assimilation ; à son avis, les différences l'emportent, l'exécuteur ne retire aucun avantage du testament : il peut être obligé, d'après certains, à reconnaître la volonté du défunt, à accepter sa charge, toutes choses incompatibles avec la notion du legs (1). De plus, les lois font une distinction entre le

(1) *Loc. cit.*, n° 68. Ad tertium autem quidam, quod est loco legatarii vel fideicommissarii, propter quasdam similitudines, quas cum illis habet et ideo fideicommissario, quasi humaniori, aggre-

légataire et le fidéicommissaire et le *minister* ou exécuteur. Il en conclut que la personne qui nous occupe est un *minister legatarius vel fideicommissarius* ; elle n'est pas un véritable légataire ou fideicommissaire, mais un *minister*, semblable à ceux que l'on voit figurer dans le Digeste, c'est-à-dire un intermédiaire de transmission. (1) Les différences considérables que G. Durand signale entre le légataire et l'exécuteur, et la conclusion qu'il donne à la fin de son exposé, nous interdisent de voir en lui un partisan de la théorie du legs. Pour notre auteur, l'exécuteur se trouve *loco heredis* ou est un *minister*.

On désigne en seconde ligne, comme représentant de cette théorie, le jurisconsulte Koch. Cet auteur discute, dans son *preussisches Erbrecht*, la doctrine consacrée par le droit prussien, qui donne pour base à l'exécution l'analogie du mandat. Comme il n'admet pas cette opinion (nous savons pour quels motifs), il cherche à expliquer autrement les prescriptions du preuss. Ldr. D'après lui, la situation juridique de l'exécuteur (2) ne doit pas être fondée, après la mort du testateur, en son nom et dans les formes du contrat de mandat, mais elle a pris naissance dans la personne du testateur, déjà

gatur..., si enim non esset loco legatarii, vel quasi, nunquam posset contra heredem agere, quod tamen potest, ut dixi; alii contra, quia ex hoc testamento nullum commodum consequitur... Item si esset legatarius, vel loco ejus, non cogeretur defuncti agnoscere voluntatem.... et tamen secundum quosdam cogitur indistincte... Item jura ponunt differentiam inter legatarium et fideicommissarium, et ministrum, sive executorem... et iste est minister legatarius vel fideicommissarius...

(1) Voir sur ce point R. CAILLEMER, *Origine et développement de l'exécution testamentaire*, p. 186 et s. ; GOLDFELD, *op. cit.*, p. 76 et s.

(2) *Op. cit.*, p. 338-339.

pendant sa vie et dans la forme d'une disposition de dernière volonté, dans laquelle il a chargé de l'exécution une personne déterminée. L'exécuteur est donc un individu grevé par dernière volonté, qui dans la plupart des cas sera en même temps un gratifié, auquel une charge est imposée et qui revêt par là le caractère d'un fiduciaire. Mais, même sans l'allocation d'un avantage spécial, le fait d'accorder la fonction d'exécuteur constitue un legs, qui, accepté, rend aussitôt le gratifié exécuteur, sans qu'il lui soit nécessaire d'être installé d'abord par l'héritier. Koch conclut de tout cela qu'on ne peut appliquer ici par analogie les règles du mandat, puisqu'il n'y a pas eu contrat passé, mais que la loi veut simplement dire que les questions de détail, qui naissent de la situation spéciale de l'exécuteur, doivent être tranchées d'après les solutions admises pour le mandat, en tant que la différence des deux institutions le permet.

En se bornant à ce seul passage, on se rend déjà compte que Koch voit dans l'exécuteur autre chose qu'un légataire grevé d'un fideicommiss, puisqu'il peut se faire que cet exécuteur ne retire aucun avantage de sa mission. Mais la pensée de notre auteur se trouve mieux précisée plus loin (1), dans les développements qu'il consacre à la prise de possession des objets de la succession par l'exécuteur et où il recherche la nature de cette possession. Les jurisconsultes ne sont pas d'accord sur ce point; les uns n'y voient qu'une simple détention factice, d'autres y trouvent une vraie possession juridique, munie des interdicts. Koch se ral-

(1) *Id.*, p. 359 et s..

lie à cette dernière opinion et admet que le droit de l'exécuteur, en tant qu'il s'exerce dans le but de l'exécution, exclut celui de l'héritier. Les raisons pour lesquelles il lui donne la véritable possession ; sont les suivantes (p. 360-361) : l'exécuteur n'a aucun prédécesseur immédiat, *auctor*, dans la possession, celle du testateur est éteinte ; l'héritier n'en a encore acquis aucune ; il ne peut donc céder à personne une telle possession, et l'exécuteur n'a pas reçu de sa part mandat de la prendre pour lui et en son nom, donc il ne possède pas non plus pour ce dernier ; il a plutôt pris pour lui-même la possession éteinte par la mort du testateur, en vertu d'un droit propre, *aus eigenem Rechte*), en vertu de son titre héréditaire (quoiqu'assurément avec la charge de la transmission ultérieure) ; il est possesseur réel en son nom propre, grâce à un droit propre, *im eigenen Namen und aus eigenem Rechte*. Ce droit propre, c'est la charge de l'exécution héritée du testateur avec ses avantages et ses obligations, et le but de cette charge, les dispositions relatives à cette dernière et l'emploi des objets pris en possession forment un *onus* de ce legs de charge. L'exécuteur est ainsi une personne intermédiaire, réelle et essentielle entre le testateur et l'héritier. L'analogie du fiduciaire est donc la seule qui convienne ici et fonde suffisamment la théorie de la possession juridique. L'héritier doit acquérir de l'exécuteur la possession et pour cela attendre jusqu'à la fin de l'exécution.

Il ressort clairement de ce passage que Koch ne considère pas l'exécuteur comme un légataire grevé d'une charge, malgré les termes qu'il emploie ; il ne parle de legs et de charge que pour bien montrer que

les expressions du § 557 du preuss. Ldr. I. 12, qui rappellent constamment l'idée de mandat (*aufgetragen*) sont inexactes et qu'il ne s'agit pas ici d'un contrat synallagmatique, mais bien d'un pouvoir fondé unilatéralement par une disposition de dernière volonté. Il donne à l'exécuteur des droits héréditaires spéciaux qui lui appartiennent en propre, indépendamment de toute demande à l'héritier. A l'inverse de tout ce qui se passe dans le legs, c'est l'exécuteur qui remet ici, à l'héritier, à la fin de l'exécution, les choses qu'il a prises en sa possession. (1)

Nos prétendus défenseurs de la théorie du legs donnent donc à l'exécuteur une situation beaucoup plus indépendante que celle qui appartient au légataire. C'est qu'ils ont bien vu que, pour remplir sa mission, l'exécuteur doit avoir un droit propre, une autonomie complète, des pouvoirs et surtout des besoins qui, comme nous le verrons plus loin, sont incompatibles avec la qualité de légataire. Cette opinion est conforme à l'histoire du droit et aux besoins de la pratique. Exacte à ce point de vue, elle a été reprise tout récemment par Endemann (2). Cet auteur insiste surtout sur la nécessité de faire à l'exécuteur une situation autonome. Ce dernier doit exécuter les dispositions de dernière volonté, indépendamment de la volonté des héritiers et même au besoin contre eux. Il a par suite une situation juridique fiduciaire; il exerce un pouvoir de droit civil comme son droit propre. Il ne faut pas voir dans l'exécution une mesure de précaution objec-

(1) Cpr GOLDFELD, *op. cit.*, p. 760 et s..

(2) *Einführung in das Studium des B. Gb.* t. III, § 52, n° 3.

tive prise dans l'intérêt de la succession ; d'autres institutions concourent à ce but : l'administration et l'ordre ouvert sur la succession assurent, dans l'intérêt des héritiers et des créanciers de cette dernière, le paiement de ses obligations. Il n'y a pas besoin d'exécuteur pour cela. La pensée fondamentale est plutôt celle-ci : le testateur s'est choisi un organe pour assurer l'accomplissement de sa volonté et de ses dispositions. Comme il peut se nommer un mandataire à plein pouvoir entre vifs, la loi l'autorise à nommer, pour agir après sa mort, un exécuteur de sa volonté. C'est une extension de ses pouvoirs personnels de disposer de sa propre fortune après sa mort, car la seule question est celle de savoir dans quelle mesure il a voulu étendre le plein pouvoir et comment il a voulu qu'il fût utilisé.

Ce qu'il importe de remarquer, c'est que, pour Endemann, l'exécuteur est un administrateur autonome, qui exerce un pouvoir de droit absolu, non pas en vertu d'un mandat, mais en vertu d'un droit propre, et cela, parce qu'il ne s'agit plus des intérêts propres du testateur : de tels intérêts, en effet, ne sont pas reconnus au-delà de la mort.

Sans approfondir davantage ces théories similaires, nous pouvons louer leurs auteurs d'avoir compris, comme d'ailleurs Beseler, la nécessité d'accorder à l'exécuteur une situation juridique, complètement indépendante à l'intérieur de certaines limites, résultat que nous n'atteignons pas avec les autres théories : mandat, tutelle, ou que nous dépassions : théorie du juge arbitre. Par contre, on peut leur reprocher de ne pas indiquer, d'une façon assez exacte, les bornes des pouvoirs de l'exécuteur et de ne pas préciser, après

avoir opposé ce dernier aux héritiers, les rapports qui existent entre eux et lui.

Mais nous avons intitulé ce chapitre théorie du legs et jusque là nous n'avons parlé de ce dernier que pour reconnaître que ses prétendus partisans ne trouvaient aucune ressemblance entre lui et l'exécution. C'est qu'ils ont bien vu l'impossibilité de rattacher ces deux institutions, et ils ne se sont pas laissés tromper par une vague ressemblance. Indiquons en quelques mots l'abîme qui sépare l'exécuteur du légataire (1). A première vue, il semble qu'il y a entre eux quelque similitude : tous deux limitent l'héritier dans ses droits. Mais cette ressemblance est plus apparente que réelle. En allant au fond des choses, on voit que le légataire limite l'héritier matériellement par la libéralité qu'il a obtenue. Au contraire, les héritiers n'ont pas à souffrir pécuniairement de la présence d'un exécuteur. Ce dernier ne les limite que dans leur activité juridique, et encore cette restriction leur évite-t-elle les embarras causés par l'exécution de la dernière volonté et le partage. En tous cas, le legs se caractérise par une libéralité. Or, l'exécution est une fonction de confiance, gratuite par sa nature et même si le testateur fait une libéralité à l'exécuteur pour reconnaître ses bons soins, il ne faut pas regarder cette libéralité comme un legs.

En second lieu, si l'on considère les rôles joués par l'exécuteur et le légataire, à l'égard de la succession, on s'aperçoit qu'il y a entre eux une différence énorme. Le légataire a le droit de réclamer son legs, rien de plus ; il n'a aucun pouvoir sur la succession ; l'exécuteur, lui, a en sa possession les objets soumis à son exécution

(1) Cpr. MÆDER, *Op. cit.*, p. 13.

et il peut prendre, d'après son seul avis personnel, des dispositions liant les intéressés.

Enfin, le legs donne essentiellement au légataire un droit, l'exécution donne essentiellement à l'exécuteur des devoirs, ses droits ne lui sont accordés qu'accessoirement pour lui permettre de remplir ses devoirs. Il semble superflu d'insister sur une différence qui pourrait facilement devenir une antithèse.

CHAPITRE IV

THÉORIE DU DROIT PROPRE

Hartmann (1), dont nous étudierons la théorie sous la rubrique de ce chapitre, reconnaît à l'exécuteur un droit propre, comme les auteurs dont nous venons d'examiner les doctrines, mais à leur rencontre, il ne se sert, pour le définir, d'aucune analogie. Rejetant, dès le début de ses explications, les théories qui font de l'exécuteur un représentant du testateur ou un légataire, il essaie de construire un droit complètement à part, complètement nouveau. Il prend comme point de départ l'autorisation, donnée par le testateur dans une disposition de dernière volonté, d'entreprendre certains actes, dans le but de l'exécution de cette volonté. Mais cela ne le conduit pas à voir dans l'exécuteur un représentant du testateur. Car ce dernier, en désignant un homme de confiance, lui donne, pour produire effet après sa mort, un plein pouvoir qui s'écarte du mandat

(1) *Verhandlungen des 21 Juristentags*, t. I. p. 16.

contractuel ordinaire, du plein-pouvoir entre vifs toujours révocable, en ce qu'on ne peut retirer à l'exécuteur sa situation de droit par une révocation volontaire ; il faut, pour le destituer, des motifs sérieux. En outre, l'autorisation donnée à l'exécuteur, lui confère des droits et lui permet des actes rendus possibles par l'ouverture de la succession et que le testateur n'aurait jamais pu réaliser lui-même personnellement dans une telle forme.

D'un autre côté, il est exact que dans cette autorisation, une certaine partie du droit de la personne qui autorise passe à l'autorisé. La nomination de l'exécuteur se rapproche par là d'une libéralité. Mais elle s'en distingue en ce qu'elle ne procure aucun enrichissement à l'appelé. C'est sur la méconnaissance de ce point essentiel que reposait la vieille théorie d'après laquelle la charge de l'exécuteur était regardée comme une sorte de legs. Tout en repoussant cette opinion, Hartmann remarque qu'elle contenait pourtant une idée juste : la nomination de l'exécuteur entraîne une sorte d'épuisement de la sphère de droit du testateur (*delibatio hereditatis*) ; l'autorisation donnée par dernière volonté a pour conséquence une restriction des droits des successeurs ordinaires et permet, dans une certaine mesure, de disposer de la fortune d'autrui.

Après avoir rejeté ces deux théories, Hartmann se demande si les droits qui naissent de l'exécution et qui vont jusqu'à l'aliénation des objets de la succession peuvent être, d'après leur essence, construits juridiquement comme un droit subjectif et effectif propre ?

Il trouve deux motifs de doutes, motifs qu'il va successivement réfuter. En premier lieu, un droit subjectif

suppose de toute nécessité, chez celui auquel il appartient, un intérêt reconnu digne de protection, or, ici, il semble que nous rencontrons seulement l'intérêt futur du testateur à l'exécution fidèle de sa dernière volonté, mais non pas un intérêt propre à l'exécuteur. Seulement cet intérêt est regardé, par les plus récentes dispositions des diverses législations, comme si essentiel qu'on le protège par avance et qu'on en fait le fondement d'une institution spéciale. Et l'homme de confiance choisi par le testateur, qui accepte volontairement la situation d'exécuteur et se soumet aux devoirs indiqués, transforme par là l'intérêt futur du testateur en un intérêt présent et personnel. L'intérêt de l'exécuteur à l'accomplissement de la dernière volonté peut être purement idéal (quoiqu'une rétribution s'attache ordinairement à cet accomplissement), car des intérêts exclusivement idéaux peuvent servir de fondement à la reconnaissance de droits propres subjectifs.

Hartmann rencontre un second motif de doute lorsqu'il essaie de déterminer l'objet du droit de l'exécution et de le construire systématiquement. Ce droit comporte une main mise (Eingriff) sur la fortune d'autrui, qui est son objet, et pourtant on ne peut le faire rentrer dans les catégories ordinaires des droits des biens, ni comme droit réel, ni comme droit de créance. Mais ce doute disparaît lorsqu'il considère qu'il y a dans la vie juridique ancienne comme dans la moderne, toute une série de cas où un droit s'en subordonne immédiatement un autre, où le droit d'abord donné devient objet d'un droit autonome plus étendu, en ce sens que le détenteur du dernier droit peut librement disposer juridiquement du premier dans un certain but et dans les limites déter-

minées par ce but. Entre autres, la tutelle de l'ancien droit germanique, comme la plus ancienne *tutela* romaine, doit être construite, non comme un simple droit de représentation, mais comme un droit propre sur la sphère de droit d'autrui. Seulement, tandis que la tutelle du droit moderne a pris un autre caractère, la situation de l'exécuteur ne se laissera comprendre exactement que comme un droit subjectif héréditaire spécial, déterminé par son but caractéristique, droit propre qui a pour objet toute la sphère de droit héréditaire. D'après Hartmann, ce serait une erreur certaine que d'aller chercher des règles pour l'exécution testamentaire, dans les institutions avec lesquelles elle présente des analogies, tutelle, curatelle, etc. Il est d'avis avec Gierke, que, pour satisfaire complètement aux exigences de la vie juridique, il faut faire à l'exécuteur une situation libre et autonome, en considération du but pratique poursuivi, et lui accorder un droit propre héréditaire spécial. Partant de ce point de vue, Hartmann accorde à l'exécuteur des droits étendus : il lui permet de disposer des intérêts en collision des héritiers, et des légataires, etc., de faire des procès en son nom propre, comme partie principale, au service de son intérêt idéal et non pas au nom de l'héritier, ni comme représentant du mort, procès qui lieront l'héritier, bien qu'il ne soit pas représenté par l'exécuteur, parce que pour atteindre le but de l'exécution testamentaire, les droits héréditaires sont soumis à la direction, au droit de disposition, etc., de l'homme de confiance du défunt.

La théorie que nous venons d'esquisser contient beaucoup d'indications exactes, mais que nous connaissons déjà en grande partie. Hartmann veut construire le droit

de l'exécuteur comme un droit propre, autonome, or, c'est le but que poursuivaient déjà les auteurs que nous venons d'étudier. Seulement, l'idée du droit autonome atteint avec lui son plus haut degré de netteté, il ne veut l'obscurcir par aucune comparaison et il en fait un droit indépendant et complètement nouveau. C'est là ce qu'il y a de plus caractéristique dans sa théorie. Mais indépendamment de la construction juridique qu'elle renferme, elle poursuit un autre but ; si Hartmann insiste tellement sur l'autonomie du droit qui nous occupe, c'est dans l'intention de réfuter et de renverser les théories qui voient dans l'exécuteur un représentant, surtout celles qui font de lui un représentant de l'héritier. En fournissant contre cette opinion des arguments décisifs, il a fait une œuvre vraiment utile, que nous aurons d'ailleurs l'occasion d'examiner en étudiant l'esprit du premier projet du code.

CHAPITRE V

THÉORIE DE LA REPRÉSENTATION DE LA SUCCESSION

Cette théorie, soutenue par un grand nombre de juristes sous des formes diverses, permet de se rendre compte de la situation de l'exécuteur vis-à-vis du testateur et des héritiers, mais elle ne suffit pas, à elle seule, à expliquer les rapports de l'homme de confiance du défunt avec les tiers, si bien qu'en général, ses défenseurs ont dû la compléter en admettant que, vis-à-vis de ces derniers, l'exécuteur représentait les héritiers. En outre, comme elle oblige à faire de la succession une personne morale, elle a plongé les auteurs qui ont voulu éviter ce résultat inadmissible (la succession étant propriété des héritiers) dans des embarras inextricables.

Dernburg, que nous citerons en premier lieu parmi ses défenseurs, admet que l'exécuteur, nommé par le testateur dans une forme autonome de disposition de dernière volonté, représente la succession. Il continue ainsi la théorie de Beseler, car il part également de l'extension de la liberté de tester, et la représentation de la succession équivaut chez lui à une représentation

formelle du testateur, puisqu'il pense que ce dernier continue à exister temporairement dans la succession, dont il fait une personne morale (1).

On peut lui reprocher d'avoir tracé à l'exécution des limites trop étroites. Le mot succession désigne la fortune du mort au sens large. Mais il ne comprend pas les désirs que le *de cujus* peut exprimer indépendamment de ses libéralités pécuniaires, par exemple ses dispositions sur son enterrement, etc. Il serait préférable de dire que l'exécuteur représente la volonté du défunt plutôt que la succession. En second lieu, Dernburg regarde la succession comme une personne morale, ce qui ne se peut, puisqu'elle est déjà la propriété de l'héritier. Enfin, s'il reconnaît que l'exécuteur est responsable de l'exécution vis-à-vis de ce dernier, il ne le fait pas ressortir dans sa définition, quoique cela soit assez important pour y être pris en considération (2).

Avec Sturm (3), nous arrivons à une théorie plus compliquée (4). Cet auteur voit également dans l'exécution une institution spéciale positive du droit successoral. On sait que le grand mérite de Beseler est d'avoir recherché pour notre institution un fondement autonome et de l'avoir rattachée à une extension de la liberté de tester ; le contenu, étranger au droit romain, de cette nouvelle disposition de dernière volonté permise, consiste, pour Sturm, en ceci : le testateur peut prier un homme, qui se trouvera à côté et au-dessus des

(1) *Pand.* t. 3, p. 251 ; *Preuss. Privatr.*, t. 3, p. 484.

(2) Cpr. LISSAUER : *die juristische Natur der Testamentsexekutoren*, p. 27-28.

(3) *Die Lehre von den Testamentcollatreckern*.

(4) Dans le même sens que DERNBURG et STURM, voir STUVE, p. 14-15.

héritiers, de lui engager sa foi (Treue), d'exécuter sa dernière volonté après sa mort ; si la personne désignée accepte cet engagement de fidélité, l'état lui confèrera dans la loi, les droits d'exécuteur. Comme juridiquement, on ne peut représenter un mort, il lui donnera la représentation de la succession ; dans son for intérieur, l'exécuteur peut se considérer comme le représentant du défunt, mais extérieurement, cette idée ne peut se réaliser en droit (1).

L'exécution, pour Sturm, est un rapport de fidélité au delà de la mort ; c'est ce qui la caractérise. Pour cette raison, elle n'est, en droit, ni un contrat, ni une représentation d'une personne vivante, mais une institution positive. Elle repose sur un plein pouvoir qui a pour fondement la dernière volonté d'un homme et qui est protégé par la loi. Par ce plein pouvoir, une ou plusieurs personnes sont autorisées à entreprendre les actes juridiques nécessaires à l'exécution de la dernière volonté, Mais il s'agit ici d'une volonté unilatérale de droit successoral et non pas d'un rapport contractuel. L'expression plein pouvoir (*Vollmacht*) ne désigne pas la somme des droits qui dérivent d'un contrat de *Vollmacht*, mais elle signifie que la dernière volonté du testateur est que les actes de l'exécuteur, aient vis-à-vis des tiers, le même effet juridique que s'il les avait entrepris lui-même. C'est là que s'accuse la différence entre cet acte à cause de mort et un contrat entre vifs : l'acte du mandataire produit effet juridiquement pour le mandant vis-à-vis des tiers, ici cet effet ne pourra avoir lieu par suite de l'absence du

(1) STURM, *op. cit.*, p. 21.

mandant. Il ne reste donc à l'exécuteur qu'une certaine situation juridique solide, indépendante de la volonté des héritiers. La loi protège cette situation parce qu'elle entend permettre à la volonté de produire effet au-delà de la mort, qui ne doit avoir aucune puissance sur l'organisme du droit comme elle n'a aucune puissance sur le monde de l'esprit, conclut Sturm en citant Unger.

D'un autre côté, l'exécuteur ne représente pas les héritiers, car ils sont à côté de lui propriétaires de l'hérédité et son plein pouvoir lui donne vis-à-vis d'eux, une situation indépendante. Il faut chercher ailleurs le fondement de sa situation juridique ; elle repose sur la « Treue » germanique après la mort, fidélité protégée et réglementée par la loi.

En sa qualité de Treuhänder, personnage investi de la confiance du défunt, et inconnu du droit romain, l'exécuteur aura, dans le but de l'exécution de la dernière volonté, la représentation de la succession. Cependant, son rôle ne se borne pas là ; il apparaît aussi comme un administrateur de la fortune d'autrui, puisque la succession appartient en propre aux héritiers. Tels sont les deux points de vue sous lesquels Sturm examinera l'exécution. Mais auparavant, il cherche à donner une idée générale de cette institution.

Elle lui apparaît comme une curatelle de biens, de droit privé et reconnue par l'Etat. Elle doit être considérée comme une mesure de précaution, établie non pas pour les affaires relatives à la fortune d'une personne donnée, mais pour une fortune déterminée en soi ; il n'y a pas représentation d'une personne, mais d'une fortune. Cette dernière idée exprime deux choses : l'exécution contient une extension du droit de tester, parce

que d'après le droit romain cette mesure de surveillance ne pouvait être détachée du droit de l'héritier ; elle contient en même temps, par suite, une limitation du droit de l'héritier. A ce dernier point de vue, l'exécution peut être comparée à l'administration de la faillite et à la liquidation. Dans les trois cas, nous avons affaire à un propriétaire capable ; malgré cela, on lui enlève certains droits que l'on confère à une autre personne, parce qu'il ne paraît pas propre à protéger les droits des autres sur sa fortune. Mais ailleurs que sur ce point, on ne trouve pas pour fondement aux trois institutions une *ratio* commune ; leur but diffère ; on ne peut appliquer à l'une les règles de détail de l'autre. Dans l'administration de la faillite, par exemple, il y a une question d'intérêt public, l'exécution est de droit privé ; dans la faillite, la loi règle tous les détails des droits de l'administrateur, dans l'exécution, c'est, en principe, la volonté du testateur qui trace les droits de l'exécuteur (1).

Ces généralités exposées, Sturm passe à l'étude de la situation de l'exécuteur comme représentant de la succession, premier aspect sous lequel il le considère. Mais avant de donner des explications sur ce point, il se pose une question préalable : doit-on considérer la succession comme une personne juridique ? D'après Sturm, il faut répondre négativement. Notre auteur, qui voit dans l'exécuteur un descendant du Treuhänder germanique, n'a pas besoin pour expliquer sa théorie,

(1) La tutelle ne peut pas servir de point de comparaison, parce que le propriétaire mineur n'est pas capable ; loin de restreindre les droits de ce dernier, elle les étend.

de s'appuyer sur la personne juridique du droit romain et, c'est à tort, à son avis, qu'Eccius lui reproche d'avoir perdu le courage de sa propre opinion, dans la crainte d'admettre la possibilité d'une succession personne juridique. L'exécuteur représente la succession, mais la fiction que le testateur continue à exister temporairement en elle est inutile. Même après son acquisition par l'héritier, la succession est maintenue par la volonté du testateur et la loi, comme un ensemble autonome, séparé du patrimoine de l'héritier, quoique ce dernier, d'après les principes du droit, soit devenu propriétaire et détenteur de l'hérédité. La possibilité de cette construction découle d'une modification de l'idée de confusion, modification que nous rencontrons aussi dans les dispositions sur le bénéfice d'inventaire, dans la curatelle de la succession, etc.

De cette faculté de représenter la succession, l'exécuteur tirera l'autonomie de sa situation, et ses droits généraux, en vertu desquels il limite même les héritiers : droit de former la masse de la succession, de l'administrer et de la partager. Tous ses autres pouvoirs ne lui sont donnés que pour lui permettre de réaliser ces droits primordiaux.

Mais nous avons vu que l'exécuteur apparaît aussi comme administrateur de la fortune d'autrui, parce que la succession appartient aux héritiers et qu'il n'agit pas dans son intérêt propre. Ce nouveau rôle va nous faire connaître les bornes de ses droits, les limites que lui imposent les héritiers ou les tiers. Sa situation comme administrateur peut être envisagée à deux points de vue : 1° vis-à-vis des héritiers ; 2° vis-à-vis des autres intéressés. Il ne limite les premiers que dans

le but de l'exécution de la dernière volonté. En dehors de ce cas, il doit respecter, même protéger leurs intérêts, qui sont naturellement plus étendus que ceux des personnes de la deuxième catégorie. Les héritiers peuvent, en cas de négligence, agir pour lui faire exécuter la dernière volonté du mort, qu'elle se rapporte à des désirs purement personnels de ce dernier ou à des tiers. Quant aux autres intéressés, et c'est ce qui les distingue des héritiers, ils ne peuvent agir que pour obtenir ce qui leur revient individuellement dans la succession. Dès qu'ils entrent en scène, l'exécuteur se tient à côté des héritiers et les assiste.

La théorie de Sturm, assez confuse d'ailleurs, souffre de nombreuses critiques. Il se défend de regarder la succession comme une personne juridique ; mais s'il voit l'obstacle, il ne l'écarte qu'en apparence. Il traite constamment l'hérédité comme une personne morale, ainsi que le prouvent, malgré ses dénégations, maints passages de son livre. Nous avons vu qu'il considère l'exécution comme une curatelle de biens, comme une mesure de précaution prise, non pas à l'égard des affaires relatives à la fortune d'une personne donnée, mais plutôt à l'égard d'une fortune déterminée, en soi (1) ; il enseigne ailleurs (2) que les effets juridiques de la vraie possession de l'exécuteur atteignent non pas l'héritier, mais la succession ; que si l'exécuteur acquiert quelque chose, il l'acquiert pour la succession, (3), (4). On peut donc lui reprocher de n'avoir pas

(1) *Op. cit.* p. 28.

(2) *Op. cit.*, p. 42.

(3) *Op. cit.*, p. 44 etc.

(4) Voir SECKT. *Beitrag zur Lehre von der Testamentsvollstreckung*, p. 32, 33.

évité dans la première partie de sa théorie l'écueil de la personne morale (1).

Il est aussi permis de critiquer sa définition générale de l'exécution; la représenter comme une curatelle de succession, c'est-à-dire comme une mesure de précaution pour une fortune déterminée, ce n'est pas donner un principe sûr qui permette d'apprécier toutes les questions qui s'agitent à propos de cette institution. De même, lorsque Sturm nous apprend, dans la deuxième partie de sa théorie, que l'exécuteur est un administrateur de la fortune d'autrui, on peut dire que ce critérium manque de netteté et ne nous renseigne pas suffisamment sur les droits et devoirs de l'homme de confiance du défunt.

Une opinion très voisine de celle de Sturm a été soutenue par Lévy (2). Cet auteur se place surtout au point de vue de la pratique; il croit que si l'on n'est pas arrivé à préciser la situation de l'exécuteur, c'est parce qu'on n'a pas distingué entre la situation qu'il occupe vis-à-vis des intéressés à la succession, héritiers et autres gratifiés et celle qu'il occupe vis-à-vis des tiers, créanciers et débiteurs, avec lesquels il passe des actes juridiques. Dans le premier cas, pour arriver à l'exécution de la dernière volonté, il a un droit héréditaire propre, il est le *treuhänder* du testateur. Tant qu'il ne vise que ce but, ses dispositions doivent être respectées par les intéressés; s'ils se trouvent en contradiction avec lui, ils ne pourront agir que par la voie du procès ordinaire, car dans les limites de l'exécution de la dernière

(1) SCHULTZE. *Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht. Jherings Jahrbücher*, 1902.

(2) *Verhandlungen*, t. III, p. 238.

volonté, vis-à-vis des héritiers, l'exécuteur représente des droits propres, qu'il soit actionné par les héritiers ou qu'il les actionne. Dans ces procès, il sera partie.

Envers les tiers, au contraire, il représente des intérêts étrangers et non plus des droits propres, ce qui conduirait d'après Lévy, à des résultats pratiques inadmissibles. Dans les procès il aurait à son compte les frais et les avances ; dans le cas où il représenterait, étant étranger, une succession nationale, il devrait s'obliger lui-même en contractant avec des tiers. Or, on ne peut pas imposer à l'exécuteur de telles charges, l'exécution entraîne déjà assez de peine et de soucis. Sans doute, on pourrait donner à l'exécuteur un recours contre la succession, mais ce détour coûteux et long, n'est pas pratique.

Quels sont donc au juste, au point de vue théorique, ces intérêts étrangers que représente l'exécuteur vis-à-vis des tiers ? Il est entendu qu'il ne peut représenter ni les héritiers, ni le testateur, qui représentera-t-il donc ? la succession considérée comme *parteifähige Zweckvermögen*. Il est inexact de dire que la succession acquise aux héritiers ne peut plus être une sorte de personnalité juridique, car lorsqu'un exécuteur a été nommé, l'acquisition de l'hérédité est suspendue. Tant que le but du testateur n'est pas rempli, ce but forme le lien idéal qui lie les intéressés à la succession et qui assure la possibilité d'une personnification de cette dernière.

Lévy se distingue de Sturm par son plus grand dédain des obstacles. Il fait de la succession une personne morale. De plus, il donne à l'exécuteur, vis-à-vis des tiers, la situation d'un représentant légal de la succes-

sion avec un entier plein pouvoir légal. Il est vrai qu'il ne lui donne cette situation qu'*in subsidium*. C'est la volonté du testateur qui règle en premier lieu les droits de l'exécuteur, mais quand ce dernier est nommé purement et simplement, le plein pouvoir légal doit s'appliquer.

Les critiques sont toujours les mêmes ; c'est d'abord celle qui s'adresse à la personnalité morale ; quoiqu'il y ait un exécuteur, l'héritier reste héritier et est propriétaire ; que ses intérêts matériels puissent être plus ou moins lésés, diminués, cela n'empêche aucunement son droit en soi de demeurer intact. Enfin, les droits et devoirs de l'exécuteur ne sont pas assez précisés (1).

On peut conclure que cette théorie de l'exécuteur représentant de la succession est inexacte, car elle oblige toujours à faire de la succession une personne morale, ce qui est inadmissible. C'est ce qui vicie également la théorie d'Hellwig (2), théorie qu'il donne à tort comme celle de la deuxième commission (3). Il voit dans la succession un *Sondervermögen* autonome, représenté par l'exécuteur en tant qu'il a l'administration de la succession. Toutefois ce *Sondervermögen* n'est pas une personne juridique, car dans ce cas, si l'administration venait à disparaître, une succession légale trouverait place, ce dont il n'est pas question. Mais quoiqu'elle ne soit pas une personne juridique, l'hérédité n'est pas seulement un objet de droit dans la main de l'exécuteur, elle doit être regardée comme pourvue d'une capacité juridique autonome ; c'est une

(1) Voir dans le sens de LÉVY, MÆDER, p. 26-29.

(2) *Anspruch und Klagerecht*.

(3) P. 74, note 19.

unité indépendante représentée par l'exécuteur, une masse de biens qui peut être actionnée comme telle ; en cas de procès, il faut la traiter comme partie et l'exécuteur comme son représentant. En un mot, quoiqu'elle ne soit pas personne juridique, elle se comporte absolument comme si elle l'était. Hellwig tombe donc sous les mêmes critiques que Sturm (1).

Cette impossibilité de faire de la succession une personne morale a conduit certains auteurs à des résultats bien singuliers. Eccius, dans sa conception la plus récente de l'exécution (2), fait de l'administration de l'exécuteur un sujet de droit avec un cercle spécial d'actif et de passif, une personne juridique particulière. Il est peut-être artificiel, comme le fait remarquer Schultze (3), de fabriquer avec la somme des droits donnés par la loi à l'exécuteur, une personne autonome à côté de l'exécuteur, et de déclarer ce dernier représentant de cette personne, d'autant plus que le caractère essentiel de cette personnification, notamment le rapport de ses droits avec l'héritier et les droits de celui-ci, n'est pas approfondi.

Nous pourrions arrêter ici cette revue des partisans de la représentation de la succession, s'il n'était injuste de passer complètement sous silence une théorie qui, sans rien contenir de particulièrement nouveau (ne n'est guère que la doctrine de Sturm plus concise et plus nette), n'en est pas moins remarquable par l'ingéniosité de sa construction ; nous voulons parler de la théorie de Rosenthal. Cet auteur (*op. cit.*) voit dans l'exécution

(1) Cpr. SCHULTZE, p. 70-71.

(2) *Preuss. Privatr.*, 7^e éd. t. IV, p. 453 s. 459 s.

(3) *Loc. citato*, p. 71.

un acte de dernière volonté puisqu'il contient une volonté qui persiste, séparée de la personne physique, au-delà de la mort, contrairement au principe naturel que le cercle de l'activité juridique se trouve fermé par la mort. Mais c'est un acte de dernière volonté d'une nature particulière : tandis que dans toutes les formes romaines de ces actes, cette volonté n'est reconnue que lorsqu'elle s'appuie sur des droits déjà existants, elle est admise comme telle dans notre cas par la loi, indépendamment de tout droit matériel, comme un droit fondé sur la personnalité, même au-delà de la mort, p. 15.

Pour Rosenthal, l'exécution est une représentation de la succession, ordonnée par dernière volonté ; elle est à la fois une représentation du testateur vis-à-vis des héritiers et des légataires et comme une représentation nécessaire des héritiers vis-à-vis des tiers intéressés à la succession (1). Notre auteur arrive à justifier cette double représentation : 1° du testateur ; 2° des héritiers, d'une manière très ingénieuse, en s'appuyant sur l'histoire de l'institution (2). Il veut montrer que, contrairement à l'opinion de beaucoup de savants, la situation de l'exécuteur n'a pas souffert de diminution par suite de l'entrée en scène de l'héritier institué. Le contenu essentiel de l'institution est toujours le même. Le testateur confie à une personne sûre, sans être forcé de lui transmettre un droit matériel, le partage de la succession, avec le pouvoir d'accomplir les actes nécessaires à sa préparation, pour qu'elle l'exécute selon ses désirs à lui, testateur ; ce qu'on peut appeler, pour

(1) P. 25.

(2) P. 19-27.

être bref, la représentation de la succession. Or l'histoire nous montre qu'il n'y a pas eu, dans ce concept, de changement essentiel. Le droit romain n'a provoqué dans l'institution des Salmannen que deux modifications : 1^o il a fait disparaître la forme de l'Auflassung, il suffit désormais, pour la perfection de l'acte, d'une simple nomination dans le testament ; 2^o il a fait disparaître : a) l'adjonction à l'exécution, de la tutelle de la veuve et des enfants du mort, b) la distribution de la fortune au gré de l'homme de confiance, car il apportait au droit allemand une tutelle développée et l'usage du testament avec institution d'héritier. Mais le noyau de l'institution, c'est-à-dire la représentation de la succession, resta le même, avant comme après la réception du droit romain, avec ou sans héritier institué. L'héritier n'a obtenu, même aujourd'hui, aucune influence sur la représentation de la succession, puisque l'exécuteur doit exécuter la dernière volonté, même contre lui.

Il est vrai que l'intervention de l'héritier entre le testateur et l'exécuteur entraîne un changement, mais dans la situation du représenté ; c'est-à-dire de la succession ou si l'on veut du testateur, et non dans celle de l'exécuteur. Dans l'ancien testament, sans institution d'héritier, aucun droit matériel du testateur ne passait à l'exécuteur, qui n'avait qu'une certaine représentation des droits du testateur. La question se posait alors de savoir à qui on pouvait rattacher les droits matériels pendant l'exécution, et la solution la plus simple était d'admettre la fiction de la survivance du testateur, et la représentation de ses droits matériels par l'exécuteur. Lorsque l'héritier s'introduisit dans le

testament allemand, il refoula le testateur de la position qu'il occupait jusque-là, comme sujet des droits matériels. Mais en ce qui concerne la volonté du testateur, dont la représentation et l'exécution étaient remises à l'exécuteur, l'héritier a trouvé occupée la place qui lui appartenait d'après le droit romain et n'a pas été en état, comme le montre le développement historique, d'en déloger l'exécuteur. A ce point de vue de la représentation de la volonté du mort, le rapport entre le testateur et l'exécuteur est demeuré le même qu'auparavant.

Nous avons vu d'autre part que le droit de représentation de la succession que possède l'exécuteur n'a pas changé. La conséquence se dégage d'elle-même : autrefois l'exécuteur représentait, incarnés dans la succession : 1^o les droits dérivant de la volonté du mort ; 2^o les droits matériels du testateur ; mais aujourd'hui, comme l'héritier a pris la place du testateur en ce qui concerne les droits matériels, l'exécuteur se trouve représenter : 1^o les droits dérivés de la volonté du testateur ; 2^o les droits matériels de l'héritier, c'est-à-dire qu'il représente d'une part le défunt, de l'autre, l'héritier.

Vis-à-vis de tous ceux dont les droits et devoirs dérivent immédiatement de la volonté du mort, c'est-à-dire vis-à-vis des héritiers et légataires, existe une représentation du défunt par l'exécuteur. Pour tous les rapports de droit qui ne découlent pas immédiatement de la volonté du testateur, c'est-à-dire dans les relations de la succession avec des personnes autres que les héritiers et légataires, une représentation des héritiers par l'exécuteur doit trouver place. Mais elle diffère

essentiellement de la procuration habituelle : 1^o en ce que le pouvoir de représentation ne naît pas de la volonté de l'héritier, mais de celle du testateur ; elle est simplement une partie de la représentation de la succession appartenant à l'exécuteur en vertu de la disposition de dernière volonté ; représentation que l'héritier est forcé d'accepter ; 2^o l'exécuteur accepte cette représentation comme un devoir et une charge, il ne peut y échapper à son gré, elle est forcée pour lui aussi.

L'exécution est ainsi bien délimitée, d'un côté par la volonté du testateur, de l'autre, parce qu'abstraction faite de cette volonté, l'exécuteur n'est qu'un représentant de l'héritier ; la volonté de ce dernier est alors déterminante, il peut imposer la sienne partout où celle du testateur a laissé une brèche et empêcher l'exécuteur de faire valoir la sienne propre. Il n'y a pas là une restriction de l'exécution par rapport aux temps antérieurs, mais une délimitation exacte de son contenu.

Pour convaincre de l'exactitude de sa théorie, Rosenthal fait valoir que son résultat n'est pas seulement conforme au développement historique, mais qu'on y arrive aussi par un développement logique. En effet, le but de l'exécution peut être double : assurer le testateur surtout contre le défaut de bonne volonté de l'héritier ; 2^o décharger les héritiers du fardeau du règlement de la succession. On atteint le premier en donnant à l'exécuteur une situation autonome ; l'héritier ne peut faire prévaloir sa volonté tant que l'exécuteur reste dans les bornes de la volonté du testateur ; il est alors lié. Pour arriver au deuxième but, il faut que l'exécuteur ait le droit de représenter les héritiers vis-à-vis

des tiers, car, comment serait-il en état, autrement, de réaliser la succession? Et même cela ne suffit pas, il est du but et de l'essence de l'institution que l'héritier ne contribue en rien, s'il le juge bon, à l'exécution du testament. Par suite, il peut exiger que l'exécuteur le représente et ne puisse secouer volontairement loin de lui le droit accepté. L'exécuteur est autorisé et aussi obligé à remplir son devoir et nous arrivons ainsi aux résultats déjà obtenus (1).

Les critiques que l'on peut faire à cette théorie de la représentation de la succession ont été suffisamment indiquées déjà, pour que nous n'y revenions pas. Voyons maintenant les théories qui font de l'exécuteur un représentant de l'héritier et par la même occasion la théorie du premier projet du code.

(1) *Cpr* LISSAUER, *Op. cit.*, p. 36-42.

CHAPITRE VI

L'EXÉCUTEUR REPRÉSENTANT DE L'HÉRITIER

Cette théorie est celle qui a réuni le plus de partisans à notre époque. Elle voit dans l'exécuteur un représentant des héritiers, en vertu d'une Vollmacht (plein pouvoir), donnée par le testateur. Ce qu'on peut louer en elle, c'est d'avoir attiré l'attention sur un point laissé dans l'ombre par les théories que nous venons d'exposer, sur la situation de l'exécuteur vis-à-vis des héritiers. Elle a été représentée tout d'abord par Hinschius (1), qui prend aussi pour point de départ l'extension du droit de tester du *de cuius*, et voit dans l'exécution un pouvoir donné, unilatéralement et irrévocablement, par le testateur, à une personne de confiance, d'entreprendre, avec effet obligatoire pour l'héritier, les actes nécessaires à l'exécution de sa dernière volonté.

Après lui, cette théorie a été reprise par Gruchot (2), Stobbe (3), Unger (4), Gerber (5), Roth (6), Förster (7),

(1) *Preuss. Anwaltszeitung*, 1866, n° 48.

(2) *Preuss. Erbrecht*, t. II-III, p. 212-213.

(3) *Handbuch des deutschen Privatrechts*, t. V, p. 276, n° 4.

(4) *System des österreich. allg. Privatr.*, § 27, note 7.

(5) *System des deutschen Privatrechts*, § 265.

(6) *Bayrisches Civilrecht*, t. III, § 389, note 17.

(7) *Theorie und Praxis des preuss. Privatr.*, p. 174.

Eccius, (1), ancienne théorie), Cosack (2). Pour tous ces auteurs, l'exécuteur reçoit du testateur le plein pouvoir d'exécuter sa dernière volonté, mais il accomplit les actes rendus nécessaires par cette mission, pour les héritiers et à leur place; il agit en vertu du mandat unilatéral et irrévocable du testateur, mais au nom et en représentation des héritiers qui sont obligés par ces actes.

Au premier coup d'œil, il est aisé de voir que cette théorie présente des points faibles : on comprend très bien que l'exécuteur représente les héritiers lorsqu'il agit dans leur intérêt, mais il arrive souvent que les dispositions du défunt sont dirigées contre ses successeurs; dans ce cas, le représentant va agir contre le représenté. A l'inverse, le testateur peut instituer un exécuteur pour faciliter la tâche de l'héritier, mais ne va-t-il pas parfois lui créer des embarras, puisque l'héritier sera lié, qu'il ait connu ou non les actes de l'exécuteur. Sans doute, ce dernier doit rendre compte de sa gestion, mais supposons qu'il ait agi dolosivement. L'héritier pourra être responsable, longtemps après la fin de l'exécution, du dommage causé par ces actes dolosifs, découverts peu à peu : il n'aura rien su, mais il aura été représenté (3). Nous n'insisterions pas davantage sur cette théorie, si malgré ses imperfections, elle n'avait été reprise, sous une forme un peu différente à la vérité : l'exécuteur est considéré comme le représentant légal de l'héritier, par le premier projet du code. Les

(1) *Preuss. Privatr.*, t. IV, p. 489.

(2) *Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts.*

(3) Voir MÆDER, *op. cit.*, p. 16.

développements dont elle a été l'objet et la consécration officielle qu'elle a reçue dans cette circonstance, nous forcent à l'étudier avec plus de détails et à la réfuter avec un soin minutieux.

Si l'on en croyait les lignes que l'on trouve en tête des motifs du titre relatif à l'exécution, et que nous reproduisons ci-dessous, il semblerait hasardeux d'attribuer au projet cette théorie, ou même une théorie quelconque : « Le projet s'abstient de poser un principe, il ne faut pas en voir un dans l'art. 1903. La science tirera, des règles posées, le résultat final. » Mais cette affirmation est purement gratuite, et on peut se demander comment et pourquoi elle se trouve contenue dans les motifs. Sans vouloir discuter la question de savoir s'il est bon que le législateur ne prenne pas parti pour une théorie, lorsqu'il réglemente une institution juridique, il est facile de démontrer que cette assertion est démentie, non seulement par l'art. 1903, mais encore par l'ensemble des articles du titre et de leurs motifs. Par l'art. 1903, tout d'abord. Il est difficile de lui refuser toute valeur doctrinale : « L'exécuteur seul est autorisé, comme représentant légal de l'héritier, à intenter un procès, qui fait valoir un droit appartenant à la succession, tant que l'héritier ne peut pas disposer de ce droit d'après l'art. 1901 ». Et les motifs, sur ce paragraphe, nous confirment dans notre opinion. Si les mots : représentant légal de l'héritier n'avaient pas une importance spéciale, les rédacteurs du premier projet n'auraient pas apporté tant de soin à préciser ce qu'ils entendent par représentation légale en parlant de l'exécuteur, et surtout ils ne se seraient pas donné la peine de prévoir et de réfuter les objec-

tions que l'on peut faire à leur système. Après avoir indiqué que le projet a essayé d'apporter de la clarté dans une institution obscure, qui doit être incorporée dans l'ensemble du droit, de telle façon qu'elle ne soit pas en contradiction avec les principes généraux et qu'elle n'apparaisse pas comme une anomalie, ils continuent ainsi (1) : « L'exécuteur dont les pouvoirs ne sont pas limités est, dans une certaine mesure, un représentant de l'héritier, mais qui n'est pas choisi par lui. C'est au contraire un représentant légal dans le sens du projet et des Reichjustizgesetze. A la vérité, on peut remarquer que les règles admises pour la représentation subissent quelques déformations. Mais ces déformations ne changent pas l'essence juridique de de cette dernière. Elles se présentent seulement comme des particularités qui ne sont pas en contradiction avec son caractère propre. La circonstance, que cette représentation légale particulière repose sur la volonté du testateur, ne constitue qu'une différence sans importance. La loi donne à la volonté de ce dernier le pouvoir de créer une sorte de représentation légale, qui ne se produirait pas, s'il ne l'avait pas voulu... »

Après avoir ainsi modifié à leur gré les règles de la représentation, les rédacteurs des motifs réfutent les objections qui pourraient leur être adressées : « La représentation légale n'existe en général que lorsqu'une personne n'est pas capable ou ne l'est pas complètement. Il semble contraire à ce principe d'admettre ici un représentant, puisqu'il faut regarder l'héritier comme complètement capable. La contradiction n'est pourtant

(1) MOTIVE. P. 236.

qu'apparente. L'héritier, privé au point de vue réel et dans la limite du cercle de pouvoirs de l'exécuteur, du droit de disposer, est incapable dans cette même mesure. Ce n'est donc pas à une personne complètement capable qu'on donne un représentant légal, mais contrairement à la règle générale, on détermine une incapacité, qui se rapporte seulement à un patrimoine donné : la succession, et seulement aussi au pouvoir de disposer réellement. L'anomalie qui existe dans cette dernière circonstance n'est pas aussi considérable que celle qu'on rencontre dans la représentation légale d'un absent en tutelle. »

Tel est avec son commentaire, l'article dans lequel les motifs nous défendent de voir une règle de principe. Ils sont d'autant plus inexcusables de lutter contre l'évidence, que la théorie de l'art. 1903 est consacrée par de nombreuses applications, et qu'il n'est même pas possible, par suite, de soutenir en faveur de leur affirmation, que l'art. 1903 ne contient qu'une indication doctrinale sans portée pratique. Ces applications font à l'exécuteur du premier projet une situation très curieuse et très fausse. Car, d'un côté, les rédacteurs ont été dominés par leur idée préconçue de la représentation de l'héritier par l'exécuteur, de l'autre, ils ont bien senti qu'il fallait donner à ce dernier, pour lui permettre de remplir ses fonctions, une situation indépendante, le pouvoir de résister à l'héritier, même parfois de lui imposer sa volonté ou plutôt celle du testateur, en un mot une situation tout autre que celle d'un représentant. Par la force des choses, ils ont même dû consacrer cette seconde tendance, sans restriction, dans quelques articles, par exemple dans les art. 1888 et 1901.

Le premier, à la vérité, se trouve dans le titre des charges, mais il rentre d'une façon indiscutable dans le cercle des attributions de l'exécuteur, auquel il permet d'exiger de l'héritier l'accomplissement d'une charge. Le deuxième décide que l'héritier ne peut pas disposer valablement d'un objet de la succession pendant tout le temps où cet objet est soumis au pouvoir de l'exécuteur. Les droits de l'héritier sont annihilés, temporairement, il est vrai, mais d'une façon rigoureuse, car, comme le font remarquer les motifs (1), si la restriction du droit de disposer de l'héritier avait seulement une force obligatoire, le résultat essentiel ne serait pas atteint, et l'héritier pourrait à volonté rendre vain le droit de l'exécuteur. Seule, une barrière, munie de la force d'un droit réel, imposée à l'héritier, permet au testateur d'assurer, en face de ce dernier, par la nomination d'un exécuteur, l'accomplissement des legs et charges. » L'exécuteur devient le maître des objets de la succession, il n'est pas tenu d'en disposer d'après les ordres de l'héritier, ni dans son intérêt, mais souvent à son encontre et dans le but d'accomplir la dernière volonté: peu importe pourtant aux rédacteurs des motifs, il n'en est pas moins représentant de l'héritier. Mais leurs explications montrent à la fois leur parti pris et la fausseté de leur théorie, car pour eux, ce mot va devenir synonyme d'indépendance, d'autonomie complète: (*loc. cit.*) « Le droit de représentation de l'exécuteur est dirigé en règle générale contre l'héritier, et par cela devient une sorte de droit de disposition, qui, dans la limite de son étendue, doit exclure le droit de disposer

(1) p. 233-234.

de l'héritier ou passer avant, parce que c'est le but de la nomination d'un exécuteur de protéger l'accomplissement des dispositions de dernière volonté, même lorsqu'il en résulte une contradiction avec l'intérêt personnel de l'héritier. » Cette conception de la représentation se passe de commentaires.

Sous peine de réduire à néant le rôle de l'exécuteur, il n'était pas possible d'apporter des restrictions à ces deux art. 1888 et 1901. Tout au plus pouvait-on essayer, en les commentant, de les rattacher, contre toute vraisemblance, à la théorie du projet. C'est ce qui fut fait. Par contre, dans tous les autres articles qui accordent des droits à l'exécuteur (je ne parle bien entendu pas de l'art. 1895 qui lui donne le droit de renoncer en tous temps à sa charge), les rédacteurs ne se sont plus contentés d'indications doctrinales : ils ont voulu réaliser pratiquement leurs conceptions. Mais le résultat obtenu a été très curieux : dans la première partie de ces articles, sous l'influence d'une saine appréciation du rôle de l'exécuteur et aussi de la force des choses, ils donnent à l'homme de confiance du défunt des droits étendus et autonomes, puis aussitôt, regrettant le démenti qu'ils viennent de donner, parce qu'ils ne pouvaient faire autrement, à leur théorie, les rédacteurs replacent, par une seconde disposition, l'exécuteur sous la domination de l'héritier. Ils arment ce dernier d'un droit d'opposition, qu'il dressera d'un mot, comme une barrière infranchissable, devant l'exécuteur, auquel il enlèvera à peu près toute raison d'être. C'est ce droit, manifestation sensible de la conception du projet, qu'il nous faut maintenant examiner. Voyons d'abord dans quels cas il est accordé à l'héritier et par la même occa-

sion, quelles sont les applications de la théorie indiquée dans l'art. 1903 ; nous étudierons ensuite son fonctionnement et ses résultats.

Les articles dans lesquels se trouve consacrée la doctrine du projet sont les articles 1897, 1898, 1899, 1900, 1902, 1904 et 1910. L'art. 1897 décide que l'exécuteur est autorisé et vis-à-vis de l'héritier, obligé, à exécuter les dispositions de dernière volonté du testateur. » Il semble que pour cela il ait besoin d'autonomie, mais que deviendrait la théorie du projet ? Aussi notre article ajoute-t-il immédiatement, § 2 : « Si l'héritier s'oppose à l'exécution d'un legs ou d'une charge, l'exécuteur est, vis-à-vis de lui, obligé à en suspendre l'accomplissement, jusqu'à ce que l'héritier soit valablement condamné à cet accomplissement » et, § 4. « Une action en permission d'exécuter un legs est refusée à l'exécuteur contre l'héritier. »

Les motifs justifient les dispositions finales de cet article au moyen de la théorie de la représentation : on ne peut accorder à l'exécuteur un droit de décision, lorsque le grevé critique son obligation d'accomplir un legs ou une charge, puisque le droit de s'y opposer effectivement appartient à ce dernier comme représenté ; et il ne faut pas admettre que ce droit puisse lui être enlevé, parce qu'une exécution a été ordonnée. Si l'héritier fait opposition, l'action en accomplissement sera provoquée de ce chef (1).

Raisonnablement, cette disposition du § 2 ne se comprend guère (2). Il n'a sûrement pas été dans l'intention

(1) P. 227.

(2) Voir sur ce point CUNY, *Verh.* 1 p. 48.

du testateur, qui a nommé une personne de confiance pour assurer l'exécution de sa dernière volonté, de laisser réduire cette personne à l'impuissance par une simple négation de l'héritier.

Quant à la règle du § 4, elle ne satisfait pas davantage l'esprit. Qu'est-ce, comme le fait remarquer Hartmann (1), sinon une conséquence logique de l'opinion préconçue que l'exécuteur n'est que le représentant de l'héritier ? Mais les nécessités de fait la réprouvent et dans la pratique de droit commun, où on a pu suivre les exigences de la vie, nul doute ne s'élève sur la possibilité d'une telle action de la part de l'exécuteur.

L'art. 1898, § 1, permet à l'exécuteur d'effectuer le partage entre les cohéritiers, lorsque le testateur en a ainsi disposé, ou lorsqu'il a pris des dispositions spéciales se rapportant au partage. Dans ces cas, le § 2 lui donne, comme émanation de son droit, le pouvoir de remettre, à chaque cohéritier, les objets de la succession, qui doivent lui être cédés par les autres cohéritiers, d'après ses dispositions à lui, exécuteur. Les motifs font encore intervenir à ce sujet, l'idée de représentation (2). L'art. 1898 édicte ensuite, dans son § 3, une règle conforme à la doctrine du projet : l'exécuteur ne doit exécuter ses dispositions concernant le partage que si, après les avoir communiquées aux héritiers, et leur avoir fixé un délai convenable pour leur permettre d'exercer leur droit d'opposition, le délai s'est écoulé sans dénonciation d'une opposition, ou si l'opposition formée à temps a été vidée.

(1) *Verh.* 1 p. 11.

(2) P. 229.

L'art. 1899 procède également de l'idée de représentation. Il décide que l'exécuteur est autorisé et obligé, vis-à-vis de l'héritier, à prendre en sa possession les choses appartenant à la succession, à constater l'état de cette dernière et à l'administrer; qu'il est autorisé et, vis-à-vis de l'héritier, obligé, en tant que cela est nécessaire à une administration régulière, à encaisser les créances de la succession et à faire valoir, spécialement même par voie d'action, tous les droits appartenant à la succession, ainsi qu'à remplir les obligations de la succession, autres que celles nées d'un legs ou d'une charge.

Sur cet article, les motifs trouvent (1) qu'il est superflu de faire ressortir que l'exécuteur possède au nom de l'héritier propriétaire. Ils ajoutent que, dans la limite de l'étendue de l'art. 1899, il existe un pouvoir de représentation de l'exécuteur par rapport à l'héritier. Dans le cas de paiement de la part des débiteurs, d'un côté, ces derniers sont libérés et de l'autre, l'héritier acquiert immédiatement les droits transmis par le paiement, par suite de l'acte d'acquisition accompli par l'exécuteur.

Cet article est influencé même dans sa première partie par la théorie du projet et n'est par suite plus conforme aux nécessités pratiques. Comme le fait remarquer Hartmann (2), si l'on veut parvenir au règlement de la succession, il faut admettre que l'exécuteur doit être protégé comme un possesseur réel, même vis-à-vis de l'héritier, et pouvoir le vaincre en tous cas

(1) P. 231.

(2) *Verh.* 1. p. 10.

au possessoire. La deuxième partie du § 1, au lieu de tenir l'exécuteur en lisière, lui donne entre autres pouvoirs, celui de faire rentrer les créances et de faire valoir tous les droits de la succession, spécialement même par voie d'action. Cette partie doit être approuvée. Mais la tyrannie de la théorie de la représentation reparaît aussitôt, et le § 2 de notre article décrète que les prescriptions de l'art. 1897, § 2 à 4, que nous avons vues plus haut, s'appliquent en ce qui concerne le paiement d'une obligation de la succession qui n'est pas née d'un legs ou d'une charge. C'est une nouvelle consécration du droit d'opposition de l'héritier. Il sera donc impossible de s'acquitter tant que l'opposition ne sera pas vidée. En outre, une action de la part de l'exécuteur, contre l'héritier, en autorisation du paiement d'une dette de la succession qui n'est pas née d'une charge ou d'un legs, est exclue (1).

Toujours poussé par les exigences pratiques, l'article 1900 accorde à l'exécuteur le droit de disposer des objets de la succession dans des buts déterminés. Mais la fausse conception du premier projet vicie aussitôt la règle édictée, en réservant à l'héritier le droit d'opposition des art. 1897 et 1899. Cet art. 1900 est ainsi conçu : « En dehors des cas prévus par les articles 1897 à 1899, l'exécuteur est autorisé à disposer des objets de la succession, seulement lorsque cela est nécessaire à une administration régulière ou à la création de ressources destinées à remplir une obligation de la succession.

§2. L'héritier est obligé à donner son consentement ou

(1) P. 231.

sa ratification à une telle disposition, réserve faite du droit d'opposition indiqué dans les articles 1897 § 2, et 1899 § 2.

Les motifs reconnaissent expressément (1) que le devoir de l'héritier, de consentir à de telles dispositions, ne doit pas porter atteinte à son droit d'opposition. Si on lui demande de consentir, il peut échapper à cette obligation en formant opposition. Ce n'est que dans le cas où il ne fait pas valoir son droit d'opposition qu'il est obligé à consentir ou à ratifier.

Le § 1902 nous fournit une nouvelle application de la théorie du projet et une nouvelle consécration du droit d'opposition de l'héritier. Il dispose que : l'exécuteur n'est autorisé à contracter une obligation que s'il est autorisé à disposer d'un objet de la succession et qu'il s'oblige à en disposer, ou que s'il est nécessaire, pour une administration régulière, de contracter une obligation. L'héritier est lié par une telle obligation, sauf les prescriptions sur le bénéfice d'inventaire.

§ 2. La prescription de l'art. 1900 § 2, s'applique ici.

Les motifs (2) précisent ainsi le sens du § 2 de l'art. 1902 : Il éclaire la signification du § 1 en déclarant applicable la prescription de l'art. 1900 § 2 sur le devoir d'assentiment ou d'approbation de l'héritier. L'application de cette prescription suppose de soi que l'exécuteur a contracté comme tel, c'est-à-dire comme représentant de l'héritier.

Les motifs font encore intervenir la représentation à propos de l'art. 1904. Cet article dispose qu'un titre exé-

(1) P. 232.

(2) P. 234.

cutoire contre l'héritier est nécessaire et suffisant pour l'exécution forcée sur les objets de la succession, mais que pour l'exécution sur les choses qui se trouvent dans la possession de l'exécuteur, lorsque cette possession serait enlevée par l'exécution forcée, il faut en outre un titre exécutoire contre l'exécuteur, en autorisation de l'exécution. Les motifs(1) repoussent l'opinion qui voudrait exiger constamment un titre spécial exécutoire contre l'exécuteur, parce qu'elle augmenterait l'autonomie du pouvoir de représentation de ce dernier vis-à-vis de l'héritier.

Enfin, l'art. 1910 décide que les prescriptions de 1889 à 1909 s'appliquent au cas spécial où un exécuteur est nommé par rapport aux charges imposées à un légataire. Dans ce cas, l'exécuteur est toujours un représentant, mais du légataire. Le mandat d'exécuter les dispositions grevant un légataire, se sépare dans ses effets de la nomination générale au titre d'exécuteur. Cette dernière accorde, à l'homme de confiance du testateur, un certain pouvoir plus ou moins autonome, de représenter l'héritier ; le mandat limité donne un tel pouvoir en ce qui concerne le légataire (2).

Les articles que nous venons de passer en revue sont tous ceux qui dans le premier projet, traitent des droits de l'exécuteur. Nous avons surabondamment démontré que le projet a bien consacré la théorie de la représentation de l'héritier par l'exécuteur, il nous reste à examiner comment il l'a réalisée pratiquement.

Nous trouverons la réponse à cette question dans les

(1) P. 238.

(2) P. 246.

motifs (1), sur l'article 1903. Ils nous indiquent ce qui arrive dans les cas prévus par les articles 1897 et 1899, auxquels renvoient ensuite tous les articles qui accordent à l'héritier le droit d'opposition : « Comme cela est clairement indiqué dans l'article 1897, il doit demeurer possible au grevé de s'opposer à l'exécution d'un legs ou d'une charge, puisqu'il est le représenté. Il correspond à cette pensée que l'action en accomplissement soit aussi dirigée contre lui... la même pensée sert de fondement à l'article 1899, qui renvoie à l'article 1897. Il en résulte en même temps qu'aucun droit d'action ne peut appartenir à l'exécuteur contre l'héritier, lorsque ce dernier a formé opposition au remplissement ou à l'exécution ».

De même, l'article 1898, déjà vu en partie, qui ne renvoie pas à l'article 1897, dispose, dans son § 4, qu'une action ayant pour but de vider l'opposition ne peut être élevée que par l'héritier qui a exercé ce droit d'opposition, contre les autres héritiers, ou par ces derniers contre le premier, mais ni par l'exécuteur, ni contre lui.

On voit maintenant comment les choses vont se passer, lorsque l'héritier s'opposera à ce que l'exécuteur accomplisse tel ou tel acte. Il faudra une action pour faire lever son opposition. Mais cette action, l'exécuteur ne pourra pas l'intenter. Chargé de faire exécuter la dernière volonté, il devra rester les bras croisés, paralysé, et attendre que des tiers ou des cohéritiers agissent. Et ce qui est plus choquant encore, c'est que l'héritier n'a pas besoin de justifier son opposition ;

(1) P. 236.

dès qu'elle existe, l'exécuteur doit s'incliner. Comme le fait remarquer Cuny (1), cette attente d'un secours venant de la part de tiers est tout à fait contraire à l'intention du testateur. Lorsqu'il a remis dans les mains de son homme de confiance, le partage, le paiement des legs et des créanciers, il a voulu que ces tierces personnes obtinssent ce qui leur était réservé, sans avoir à agir d'abord contre l'héritier : à quoi bon autrement la nomination de l'exécuteur ? Le projet la rend vaine ; si l'héritier laisse entendre le mot magique : je m'oppose, l'exécuteur est paralysé et le tiers forcé d'agir contre l'héritier. Pour être efficace, l'opposition devrait être formée par une action intentée par l'héritier contre l'exécuteur, qui doit être autorisé, en vertu de sa charge, à prendre fait et cause vis-à-vis de l'héritier, pour que la volonté du testateur se réalise.

Si, au point de vue pratique, la théorie du projet est inadmissible, elle ne supporte pas davantage l'examen au point de vue théorique, comme l'a fort bien démontré Hartmann (2). D'après lui, il est impossible de faire de l'exécuteur un représentant, et il va prouver successivement que l'exécuteur n'est ni un représentant légal, ni un représentant de l'héritier, ni un représentant tout court. Peut-il être un représentant légal ? Non, il est superflu de vouloir démontrer que sa situation repose, d'après le but poursuivi, sur la volonté du testateur, et le fait que la loi, qui n'a ici qu'à reconnaître juridiquement cette volonté, doit définir et délimiter cette situation pour éviter tout conflit, ne change pas le fondement de

(1) *Verh.* 1, p. 44.

(2) *Verh.* 1, p. 16.

cette dernière, pas plus que la circonstance que le projet définit légalement et longuement la situation juridique du grevé et du substitué ne fait de ces successeurs universels testamentaires, des héritiers légaux.

Pour les motifs, la représentation légale particulière qui nous occupe repose sur la volonté du testateur ; ils ajoutent bien que cette différence avec la représentation légale ordinaire n'a pas d'importance ; mais ne reconnaissent-ils pas clairement par là que notre représentation ne repose pas sur la loi ?

Le projet doit enfin triompher d'une autre contradiction. Il n'y a de représentation légale que lorsqu'un motif existant avant elle et indépendamment d'elle l'exige, notamment l'incapacité ou la capacité incomplète de celui qu'il faut représenter. Or, ici, nous sommes en face d'une personne capable : l'héritier. Sans doute, répond le projet, mais il manque à l'héritier, au point de vue réel, et, dans les limites des pouvoirs de l'exécuteur, la capacité de disposer. Par suite, dans cette mesure, il est incapable, et on lui donne un représentant. Mais d'où provient cette incapacité ? sinon de l'exécution et du pouvoir de représentation qui y est attaché. On ne peut donc pas la regarder comme la cause de ce pouvoir de représentation qu'on veut mettre en harmonie avec les principes généraux. Il y a là, non pas comme le veulent les motifs, seulement une contradiction apparente, mais bien un cercle vicieux (1).

L'exécuteur n'est pas non plus le représentant de l'héritier. On ne peut appeler représentant d'une per-

(1) Voir, en sens contraire, GOLDFELD, *op. cit.*, p. 82.

sonne que celui qui est appelé dans le but de défendre et de faire valoir les intérêts de cette personne. Or, cette définition ne convient pas à l'exécuteur, souvent appelé par le testateur pour résister aux héritiers, dont les intérêts sont en contradiction avec l'accomplissement de sa dernière volonté. Il faut donc que l'exécuteur ait une situation supérieure à celle des héritiers. Il doit pouvoir intenter contre eux une action, non pas comme un vrai représentant, pour réclamer ses honoraires, mais pour les obliger à accomplir leur devoir. Le projet lui reconnaît ce droit en matière de charge ; il peut en exiger l'accomplissement. Ce droit, qui n'est pas celui d'un représentant, ne doit pas être considéré comme accidentel. C'est une conséquence, qu'il faut généraliser, de la situation autonome à reconnaître à l'exécuteur. Par exemple, il ne doit plus prendre en possession les choses de la succession au nom de l'héritier (art. 1899 et motifs, p. 231). Mais il faut le protéger, comme un possesseur réel, même vis-à-vis de l'héritier, pour qu'il puisse vaincre ce dernier en tous cas au possessoire. Suit alors l'énumération d'un certain nombre de cas où il devra encore pouvoir agir contre l'héritier, et Hartmann conclut que puisque l'exécuteur peut se comporter ainsi, dans un procès vis-à-vis de l'héritier, il ne peut être son représentant.

Enfin, Hartmann examine si l'exécuteur peut être représentant de quelqu'un, spécialement du testateur ou pour ainsi dire de la succession même. Il répond négativement, en se basant sur les raisons que nous avons déjà indiquées en traitant de la théorie de l'exécuteur représentant de la succession. Le testateur, mort, ne peut plus agir dans les affaires juridiques ter-

restres, ni être représenté dans ces affaires ; on ne peut pas non plus faire de l'exécuteur un représentant de la succession, dans laquelle survivrait le défunt, car il faudrait admettre que cette succession forme toujours une personne juridique autonome, ce qui ne se peut, puisqu'elle est déjà la propriété de l'héritier.

L'exécuteur pourrait tout au plus être appelé représentant dans un sens improprie, comme on appelle représentant l'héritier, qui dans l'unité du patrimoine représente la place du défunt. Cela pourrait avoir lieu dans certains systèmes de droit : droit anglais, par exemple, où l'exécuteur tient la place de l'héritier ; moins facilement en droit français, où l'exécuteur n'a que des pouvoirs très restreints, même quand il a la saisine.

Il y aurait encore plus de difficultés à admettre une représentation du testateur par l'exécuteur, là où un véritable héritier est essentiel pour le testament. Si on se figure ce successeur universel comme un représentant du testateur, comment et dans quel sens doit-il y avoir encore place à côté de cette représentation, pour une deuxième représentation plus large ? La distinction de Beseler en représentation formelle et matérielle n'a fait que mettre l'énigme sous une nouvelle forme, elle manque de précision et de portée pratique.

Les critiques pénétrantes d'Hartmann et d'un certain nombre d'autres auteurs (1), n'ont pas été inutiles. Dans la commission pour la deuxième lecture du projet, le point de vue de la représentation légale fut complète-

(1) GIERKE, *der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Rechte* ; Leipzig, 1889, p. 520-522 ; GIERKE, dans *Verh.* 3, p. 225, s. ; BRUNNER, *Verh.* 3, p. 243, s. ; LÉVY, *Verh.*, 3, p. 234, s.

ment abandonné, et l'on se mit d'accord, comme nous le verrons plus loin, pour donner à l'exécuteur une situation autonome et indépendante.

De cette rapide revue des diverses théories soutenues sur la nature de l'exécution testamentaire se dégage nettement l'impression de l'insuffisance des doctrines qui n'accordent pas à l'exécuteur un droit propre. Aussi rejetterons-nous sans hésiter celles qui sont basées sur l'analogie, et celles qui voient dans l'exécuteur une sorte de légataire, ou un représentant de la succession ou des héritiers, pour ne retenir que certaines conclusions indiscutables des théories de Beseler et d'Hartmann. De la première, il reste acquis que l'exécution est une institution spéciale du droit successoral ; de la deuxième, que le droit à accorder à l'exécuteur doit être un droit étendu, indépendant et autonome. Comment le code a-t-il satisfait à ces exigences et quel sorte de droit a-t-il entendu donner à l'exécuteur, c'est ce que nous allons maintenant rechercher en étudiant les dispositions du titre des exécuteurs.

DEUXIÈME PARTIE

CONDITIONS REQUISES POUR ÊTRE EXÉCUTEUR. COMMENCEMENT ET FIN DES FONCTIONS DE L'EXÉCUTEUR

CHAPITRE PREMIER

CAPACITÉ REQUISE POUR ÊTRE EXÉCUTEUR

En ce qui concerne la capacité requise pour être exécuteur, les droits régionaux donnaient des solutions assez divergentes, les uns tenant compte surtout de l'incapacité physique (1), les autres de l'incapacité juridique (2). Pourtant on était arrivé à admettre assez

(1) *Cod. Max. Bav. civ. Th. III, K. 2, § 16, n° 1.* Kann regulariter ein Jeder pro Executore benannt werden, der nicht Alters halber oder sonst von Natur dazu untauglich ist, wie Z. E. KINDER, UNVOGTBARE, UNSINNIGE, STUMME, TAUBE, BLINDE und DERGLEICHEN. Voir KREITTMAYR : ANMERKUNGEN über den codicem Max. Bav. civ. t. III, p. 242-243 et ROTH : bayrisches Civilrecht, t. III, § 390, n° 2.

(2) SACHS. Gb. art. 2231. Personen, welche unter Vormundschaft stehen, können selbst wenn ihre Vormünder einwilligen, nicht Vollzieher eines letzten Willens werden.

Hess. Entw. art. 201. Personen, welche unfähig sind, sich verbindlich zu machen, können nicht zu Vollziehern letzter Willens ernannt werden.

généralement, avant le code, que pouvait remplir les fonctions d'exécuteur, toute personne, physique ou juridique, capable de s'obliger valablement et notamment d'en représenter une autre dans les actes civils (1).

Quant au Code, il prend en considération à la fois, l'incapacité juridique et l'incapacité physique. L'art. 2201 dispose que « la nomination de l'exécuteur est nulle, lorsqu'au moment où il doit entrer en fonctions, il est incapable ou d'une capacité limitée, ou qu'il a été pourvu, d'après l'art. 1910, d'un curateur pour s'occuper de ses affaires pécuniaires. » (L'art. 1891 du premier projet ne mentionnait pas ce troisième cas). Le code résout donc la question d'une façon très simple : tout le monde peut être exécuteur, sauf trois catégories de personnes limitativement déterminées. A) Les personnes incapables ; B) celles qui n'ont qu'une capacité limitée ; C) celles qui ont un curateur, d'après l'art. 1910.

La liste des premières est fournie par l'art. 104 ; ce sont : 1° celles qui n'ont pas encore accompli leur septième année ; 2° celles qui se trouvent dans un état de trouble mental excluant le libre arbitre, lorsque cet état n'est pas momentané d'après sa nature ; 3° celles qui sont interdites pour cause d'aliénation mentale.

B) Les personnes qui n'ont qu'une capacité restreinte sont : 1° art. 106, les mineurs de plus de sept ans ; 2° art. 114, celles qui sont interdites ; a) à cause de leur faiblesse d'esprit ; b) de leur prodigalité ; c) de

L'art. 203 contient la même disposition que le § 2231 Schäs. Gb. Cf. MOMMSEN. Entw. art. 181 § 2. Personen, welche unter Vormundschaft stehen, können nicht Testamentvollzieher werden.

(1) BESELER. Z. p. 184-185. KOCH. *op. cit.*, p. 344. GRUCHOT, *op. cit.*, p. 215.

leurs habitudes d'ivrognerie ; d) les majeurs dont l'interdiction a été demandée et qui ont été placés en tutelle provisoire, le tribunal de la tutelle ayant considéré cette mesure comme nécessaire pour écarter un danger considérable de la personne ou de la fortune du majeur (voir art. 1906).

C) Enfin l'art. 2201 refuse la capacité d'être exécuteur aux personnes qui se trouvent dans le cas de l'art. 1910. Cet article dispose qu'un majeur qui n'est pas en tutelle peut être pourvu d'un curateur pour sa personne et sa fortune, lorsqu'il ne peut prendre soin de ses affaires par suite d'infirmités physiques, spécialement s'il est sourd, aveugle ou muet. Si un majeur qui n'est pas en tutelle ne peut prendre soin de quelques-unes, ou d'une catégorie déterminée de ses affaires, spécialement de ses affaires pécuniaires, par suite d'infirmités mentales ou physiques, il peut obtenir un curateur pour elles. » D'après cet article le majeur, peut avoir un curateur ou pour ses affaires pécuniaires, ou pour ses affaires personnelles, ou pour les deux espèces réunies. Sera-t-il exclu de l'exécution dans ces trois cas ? Non, il faut qu'il ait obtenu un curateur pour ses affaires pécuniaires ou pour ses affaires pécuniaires et personnelles à la fois. Cette solution est dictée par le but de l'exécution et par le texte de l'art. 2201. L'individu dont s'occupe l'art. 1910 n'est ni incapable, ni même d'une capacité limitée, seulement les motifs pour lesquels on donne un curateur à la fortune rendent impropre celui qui l'a obtenu à remplir les devoirs d'un exécuteur. Comment pourrait-il administrer les biens du défunt, lui qui ne peut s'occuper des siens propres. Mais les soins de l'exécuteur se bornent à la fortune,

peu nous importe donc qu'il ait un curateur à la personne, et c'est guidé par cette considération que l'art. 2201 décide qu'est nulle la nomination, comme exécuteur, de celui à qui a été désigné, d'après l'art. 1910, un curateur pour prendre soin de ses « affaires pécuniaires. » Ces considérations nous forcent à rejeter l'opinion des auteurs qui permettent encore aux individus visés par l'art. 1910, d'être exécuteurs, lorsqu'il ne leur a été nommé un curateur que pour quelques-unes de ces affaires pécuniaires (1).

La précision de l'article 2201 évite toute difficulté ; si les seules personnes que nous venons d'indiquer sont incapables d'être exécuteurs, peu importe que l'individu désigné pour accepter ces fonctions soit en état de faillite ; peu importe même qu'il ait perdu ses droits civils (2) ; peu importe enfin qu'il soit allemand ou étranger (3), ou que l'on ait affaire à une personne morale. Notre article fait également cesser les interminables

(1) PLANCK, sur l'art. 2201. 1.

(2) Nous sommes loin des anciens droits particuliers qui demandaient en général des « glaubwürdige und ehrbare Männer », des « vertraute glaubwürdige Mannspersonen » ; voir GRUCHOT, *op. cit.*, p. 211, note 5.

(3) **Lüb. Recht* Th. II, Tit. 1, § 15. Aussheimische frembde Leute, welcher dieser Stadt Bürger nicht sein, können zu Testamentarien nicht verordnet werden, zu den Testamenten, welche binnen dieser Stadt Jurisdiction gemacht seind. » Mais on arriva à éviter la rigueur de cette prescription et à admettre que l'exécuteur étranger peut conserver sa charge, à la condition pour lui de déclarer qu'il veut bien se soumettre, pour toutes les affaires concernant ce testament, à la juridiction de la ville, et de se nommer un mandataire indigène à plein pouvoir. PLITT, *das lübeckische Erbrecht*, p. 139. Le droit de Schweinfurt contient une prescription semblable à celle qui vient d'être citée ; la voir dans ROTH, *op. cit.* t. III, § 390, note 3.

controverses sur le point de savoir si les femmes et les clercs peuvent être exécuteurs. Ils le peuvent actuellement sans aucun doute. En ce qui concerne les derniers, leur nomination sera valable même si, d'après leurs règles ils ont besoin d'une permission spéciale pour accepter cette charge, et si celle-ci leur manque. Quant aux femmes, l'ancienne théorie les excluait, ainsi que les clercs, de la fonction d'exécuteur parce qu'elle regardait cette dernière comme un *munus publicum*. Mais quand elle eut été remplacée par l'opinion, généralement admise avant le code, que nous avons indiquée en tête de ce chapitre, cette exclusion n'eut plus de raison d'être. Pourtant en droit prussien, un rescrit du 14 mai 1804, conforme à la solution de l'ancienne théorie, mais non à ses principes, refusait aux femmes, même non mariées, le droit d'accepter la charge d'exécuteur, sous prétexte que ce dernier doit être regardé comme un mandataire à plein pouvoir du testateur et qu'un tiers n'est pas obligé à s'engager, d'après le § 32, tit. 13, Th. 1 de l'allg. Ldr., avec un mandataire à plein pouvoir auquel manquent les qualités nécessaires pour conclure des contrats valables. Quoique le rescrit reconnaisse lui-même que les femmes non mariées sont assimilées aux hommes d'après la règle du § 23, tit. 5, Th. 1., il apporte à cette disposition, dans notre cas, une exception. Il est vrai qu'elle est bien malheureuse, car le motif invoqué est inexact : les femmes non mariées peuvent, et c'est un principe général, passer des contrats valables tout comme les hommes, et les femmes mariées arrivent au même résultat avec le consentement de leur mari. Aussi le rescrit est-il qualifié, pour cette raison, par Koch, d'irréfléchi. Il est également regardé par cet

auteur comme dépourvu de principe directeur, puisqu'il ne peut s'ajuster ni à l'ancienne théorie du *munus publicum*, ni à la doctrine nouvelle du mandat, étant donné qu'il n'est pas interdit aux femmes, en général, de passer un contrat de mandat à plein pouvoir. Mais malgré ce rescrit, on était d'accord, avant le code, d'une façon presque unanime, pour permettre aux femmes d'être exécuteur (1).

A l'inverse des anciens droits particuliers et de notre droit (2), la femme n'a pas besoin du consentement du mari pour accepter l'exécution. Mais qu'arrivera-t-il ? Cet article permet bien à la femme de s'obliger sans le consentement du mari, seulement dans ce cas, le mari ne subira les effets de l'acte, sur les biens apportés par la femme, que dans la limite de leur enrichissement, tandis que s'il a consenti, l'acte lui devient opposable sur ces biens : art. 1399, § 2. D'un autre côté, le mari qui n'a pas consenti, aura le droit de dénoncer cette acceptation, au cas de lésion des intérêts communs, conformément à l'art. 1358. Cette extension de la liberté de la femme diminue grandement la sécurité des tiers qui auront à traiter avec elle, et ils feront sagement en tâchant d'obtenir le consentement du mari. Toutefois certains auteurs pensent que l'art. 1358 ne s'applique pas ici (4).

(1) KREITTMAYR, *op. cit.*, p. 242. MÜHLENBRUCH, *op. cit.*, t. XXXXIII, p. 415. GRUCHOT, *op. cit.*, p. 216. MOMMSEN, *op. cit.*, § 181 (motifs). KOCH, *op. cit.*, p. 343-345.

(2) Hess. Entw., art. 202 ; c. c. fr., 1029. GRUCHOT, p. 216, KOCH, p. 344. STOBBE, *op. cit.*, t. V, § 310. p. 266. A Lübeck, les femmes ne pouvaient être exécuteurs. PLITT, *op. cit.*, p. 138.

(3) Voir l'art. 1399, § 1.

(4) Voir SECKT, *op. cit.*, p. 43.

Reste sur cet art. 2201 une dernière question. A quel moment doit exister la capacité? Le temps que l'on considère pour savoir si la nomination est nulle est celui où l'exécuteur doit entrer en fonctions, c'est-à-dire le moment de l'acceptation. La nomination d'un mineur, par exemple, sera valable s'il devient majeur après l'ouverture de la succession, mais avant le moment où il doit déclarer son acceptation. Mais si l'incapacité est supprimée après ce moment décisif, par exemple, si le mineur ne devient majeur qu'après l'époque où il devait accepter, la nullité subsiste. Ne reconnaître à ce défaut de capacité en temps opportun qu'un effet simplement suspensif serait contraire au but de l'exécution, qui en général, exige des actes immédiats (1).

(1) MOTIFS. T. V, p. 220.

CHAPITRE II

NOMINATION DE L'EXÉCUTEUR

Des formes multiples de nomination ont été admises par l'ancien droit, le droit commun moderne et les droits particuliers. G. Durand, (*loc. cit.* § 13) distingue les exécuteurs en *testamentarii*, *legitimi* et *dativi*. Lauterbach (*disput. de executor. volunt. ultima*, cap., III, n°3) ajoute comme quatrième mode de nomination le contrat. Ces quatre formes se retrouvent encore chez les auteurs de droit commun (1). Quant aux droits particuliers, ils admettent tantôt l'une, tantôt l'autre, tantôt plusieurs de ces formes, sous des aspects plus ou moins compliqués ; certains se contentent d'une nomination par écrit ou orale (2). Mommsen, influencé par ces an-

(1) ARNTDS. Lehrbuch der Pand. § 504. PUCHTA, § 482. WINDSCHEID, *op. cit.* t. III, § 567 et note 5.

(2) Quelques droits, précurseurs du code, n'admettent la nomination que par disposition de dernière volonté. *Hess. Entw.* art. 204 : die Ernennung der Vollzieher kann nur in der Form eines letzten Willen geschehen. — Les motifs du *Hess. Entw.* exposent sur cet art. que : la nomination d'un exécuteur est une disposition à cause de mort, par suite une émanation de la dernière volonté du testateur ; elle est donc soumise aux mêmes limitations formelles et

ciennes traditions, permettait encore de nommer un exécuteur dans un acte écrit et signé de la propre main du testateur et contenant en outre certaines indications (1).

Le code, consacrant la théorie de Beseler voit dans la nomination d'un exécuteur une extension de la liberté

matérielles, auxquelles est soumis le droit de disposer par dernière volonté. L'art. 99 facilite d'ailleurs cette nomination, en la comptant parmi les dispositions qui peuvent être prises : *in eigenhändig niedergeschriebenen letzten Willen*.

D'autres sont beaucoup plus larges : *Cod. Max. Bac. civ.*, § 16, n° 4. Kann die Benennung nicht nur in dem letzten Willen selbst, welcher in den Vollzug kommen soll, sondern auch in anderweg mündlich oder schriftlich geschehen, sofern er nur genugsam bewisen werden mag

Sæchs. Gb. 2230. Ein Vollzieher des letzten Willens kann in einem letzten Willen, in einem Erbvertrage, durch einen zwischen dem Erblasser und dem Vollzieher gerichtlich geschlossenen Vertrag oder durch eine zwischen den Erben und dem Vollzieher getroffene Uebereinkunft bestellt werden. — Toutefois les exécuteurs nommés de cette dernière manière ne sont pas des exécuteurs au sens propre, mais de simples mandataires des héritiers.

Le droit prussien ne contient aucune disposition sur la forme de la nomination de l'exécuteur ; mais le rescrit du 19 mai 1804 décide qu'elle peut avoir lieu par une déclaration entre vifs, ou par une disposition de dernière volonté, sans forme solennelle ni dans un cas, ni dans l'autre ; il suffit que l'on puisse constater avec assez de certitude la volonté de celui qui nomme (voir GRUCHOT, *op. cit.*, t. II, p. 214. KOCH, *op. cit.*, p. 343. Cette absence de formes est sûrement défectueuse. Beaucoup d'anciens droits particuliers omettent également de trancher cette question de la forme de la nomination de l'exécuteur. Le code autrichien se trouve dans le même cas. Voir UNGER, *op. cit.*, t. VI. § 27.

(1) *Mommsen ; Entwurf*, § 180 : der Erblasser ist berechtigt, in seinem Testamente oder in einer von ihm eigenhändig geschriebenen und unter Angabe von Ort, Jahr und Tag der Abfassung eigenhändig mit seinem Familiennamen unterschriebenen Schrift eine oder mehrere Personen zu Vollziehern seines Testaments (Testaments-executoren) zu ernennen.

de tester, (motifs, p. 217) ; en conséquence, il supprime les anciens modes variés de nomination pour ne conserver que celui qui trouve sa source dans un testament. L'art. 2197 dispose en effet que : « Le testateur peut nommer par testament un ou plusieurs exécuteurs. Il peut, pour le cas où l'exécuteur nommé est défaillant avant ou après l'acceptation de la charge, nommer un autre exécuteur. » Mais il ne faudrait pas croire que la nomination d'un exécuteur soit possible seulement dans le cas de succession testamentaire. Elle trouve place, même dans le cas où le *de cujus* s'en tient en tout ou en partie à l'ordre de succession légal. A l'inverse, elle ne suppose pas comme condition l'institution d'un héritier, puisque toute disposition de dernière volonté est un testament (art. 1937), et que les conditions de l'art. 2197 (nécessité d'un testament) seront remplies, même si cette disposition ne contient exclusivement que la nomination d'un exécuteur. (Les principes qui régissent les nullités des dispositions de dernière volonté s'appliquent naturellement à cette nomination.)

Cette dernière peut être, non seulement pure et simple, mais encore, d'après les principes généraux, à terme ou sous condition suspensive ou résolutoire.

Le testateur peut également désigner un second exécuteur pour remplacer le premier au cas où celui-ci viendrait à défaillir. Il peut en nommer ainsi plusieurs successivement, le nombre des substitutions n'étant soumis à aucune limitation. Mais notre article s'appliquera-t-il aussi au cas où l'exécuteur nommé en premier lieu refuse sa charge ? Le testateur pourra-t-il, dans ce cas, lui donner un remplaçant ? Le texte ne semble pas le permettre, car refuser n'est pas défaillir

avant ou après l'acceptation. Seulement, il n'y a pas de motifs de distinguer ce cas de ceux que vise l'article 2197, § 2 ; le testateur doit pouvoir garantir l'exécution du refus d'un exécuteur aussi bien que de sa défaillance. Aussi admet-on qu'il faut étendre l'article 2197, § 2 au cas de refus (1).

Nous avons vu que la nomination d'un exécuteur est un acte de dernière volonté. Mais sa nature particulière a poussé le code à s'écarter quelque peu des principes généraux qui régissent ces actes. On sait que le testateur ne peut prendre une disposition de dernière volonté de telle sorte qu'un autre ait à décider si elle doit valoir ou non ; de même, il ne peut laisser à un tiers la détermination de la personne qui doit obtenir une libéralité, non plus que la détermination de l'objet de la libéralité, article 2065. De cet article, il résulte que le testateur peut bien nommer lui même un exécuteur, mais qu'il ne peut laisser à un tiers le soin de le désigner. Et pourtant le code apporte ici des dérogations à cette règle générale, en permettant au testateur de donner à un tiers ou au tribunal de la succession le droit de choisir un exécuteur. L'article 2198, § 1, dispose en effet que le testateur peut laisser la détermination de la personne de l'exécuteur à un tiers (2).

Cette dérogation parut si nécessaire qu'on la trouve successivement dans les motifs du premier projet et dans les travaux de la deuxième commission. Les motifs (t. V, p. 219) l'admettent pour ne pas refuser au testateur le pouvoir de donner à l'exécuteur le droit de se

(1) MEISCHEIDER. *Op. cit.*, p. 468 ; PLANCK. Sur l'art. 2197, n° 4.

(2) *Id.*, MOMMSEN, § 180, 2.

substituer un exécuteur (nous étudierons ce droit plus loin), ce qui arriverait si l'on s'en rapportait à la règle exprimée dans les articles 1765, 1770 et 1777 (qui forment l'art. 2065 actuel), et ce qui empêcherait le testateur dans beaucoup de cas de prendre une disposition capable d'atteindre son but. La deuxième commission considéra de son côté (t. V, p. 249) que la disposition contenant une exécution était bien de la même importance que toute autre disposition à cause de mort, mais que pourtant les points de vue de la vie pratique justifiaient une exception à la règle que l'accomplissement et le contenu d'une disposition de dernière volonté ne peuvent être laissés à la détermination d'un tiers (1). Les circonstances seront assez souvent telles que le testateur ne puisse, pendant sa vie, prévoir quelle sera, au moment voulu, la personne propre à l'exécution, mais qu'il ait une personne de confiance qui lui survivra probablement, qui pour tel ou tel motif ne peut accepter elle-même la charge, mais qui possède pourtant les connaissances et l'intérêt nécessaires pour faire un choix convenable et dans le sens du testateur. Cela peut arriver notamment dans le cas de dispositions de dernière volonté prises par un profane en faveur de buts scientifiques. L'avantage qu'on trouve dans cette combinaison l'emportera, sans aucun doute, sur les scrupules qui pourraient peut-être naître de ce que le tiers chargé de la détermination n'est pas soumis

(1) Un des projets proposés à la 2^e commission sur l'art. 1890 du premier projet était beaucoup plus restrictif et concordait d'ailleurs avec la règle générale, t. V, projet 4, p. 248. « Le testateur ne peut pas laisser à un autre la détermination de la personne de l'exécuteur. Il peut pourtant autoriser l'exécuteur à se choisir un successeur ou à installer à côté de lui un ou plusieurs exécuteurs. »

à une certaine responsabilité, et fait ressortir une exception au principe ci-dessus comme d'autant plus indiquée, que d'autres dispositions ont déjà modifié ce principe (1).

Dans quelle forme devra s'effectuer la détermination de l'exécuteur par le tiers ? La deuxième proposition de l'art. 2198 § 1 répond à cette question : la détermination doit avoir lieu devant le tribunal de la succession, par déclaration en forme authentiquement certifiée. D'après le premier projet et les travaux de la deuxième commission, cette déclaration devait revêtir une forme judiciaire ou notariée, mais la Red. Kom., en considération de dispositions prises ailleurs, remplaça ces formes par la certification authentique (2), c'est-à-dire par la certification de la signature par le tribunal, par un notaire, ou par une autorité ou un fonctionnaire compétents, § 129. Aussi, l'opinion de Meischer (3) est elle à rejeter, d'après laquelle il faut entendre par certification authentique la certification par le tribunal ou par un notaire ; c'est celle du premier projet, art. 1890, et de la deuxième commission, mais le Code, en substituant, aux termes des travaux préparatoires une expression nouvelle plus large, a sûrement voulu innover et c'est dans notre sens qu'il faut inter-

(1) STURM, qui fait reposer l'exécution sur un lien de fidélité, déclare que ces considérations pratiques ne l'ont pas convaincu. Car le tiers chargé de la détermination est complètement libre et le lien de fidélité n'unit pas ici personnellement l'exécuteur choisi et le testateur. Mais il approuve la disposition de l'art. 2199, que nous allons étudier, car l'exécuteur, attaché au testateur par ce lien, peut naturellement être autorisé par ce dernier à se nommer un ou plusieurs coexécuteurs.

(2) K. p., t. 5, p. 249, note 2.

(3) *Op. cit.*, p. 467, note 15.

prêter l'art. 2198 § 1. Naturellement, l'art. 129 § 2, qui décide que la certification authentique est remplacée par la constatation de la déclaration orale dans un acte judiciaire ou notarié s'appliquera dans notre cas.

La déclaration, devenue valable, est irrévocable.

Le tiers chargé du choix, pourra être une personne physique ou une personne juridique, malgré quelques divergences, la loi ne contient pas de restriction et Planck, sur l'art. 2198, n° 1, estime avec raison que l'exemple donné par la deuxième commission, d'une disposition de dernière volonté prise par un profane en faveur d'un but scientifique, conduit à croire qu'on a aussi voulu permettre le choix d'un exécuteur par de tels organes de la vie publique.

Le tiers qui doit nommer l'exécuteur doit-il être nommé lui-même dans le testament? Le Code est muet à cet égard. Mais nous avons vu que la nomination permise par l'art. 2198 est une dérogation aux principes généraux. Le principe est que la nomination de l'exécuteur et toutes les déclarations relatives à l'exécution doivent se trouver dans un testament pour être valables; or, la désignation du tiers qui doit choisir l'exécuteur, se rapporte à l'exécution, par suite elle devra être faite dans un testament.

Enfin, comme la question de savoir s'il existe un exécuteur ne peut rester longtemps en suspens, l'art. 2198 dispose dans son § 2, que : « Le droit de détermination du tiers s'éteint avec l'expiration d'un délai qui lui est imparti par le tribunal de la succession, à la requête d'un des intéressés. » Cette disposition finale et heureuse de l'art. 2198, ne se trouvait pas dans le premier projet. Toutefois, elle ne s'applique pas si le testateur a

fixé lui-même un délai pour l'exercice du droit du tiers, on s'en tient alors à ses indications.

Quels sont les intéressés qui peuvent demander la fixation d'un délai ? Ce sont les héritiers, les co-exécuteurs, les légataires et les personnes autorisées à réclamer l'accomplissement d'une charge d'après 2294. Les créanciers de la succession, autres que les légataires, doivent aussi être considérés comme autorisés à déposer une requête, car ils ont un intérêt considérable à savoir si l'exécution ordonnée aura lieu ou non. Cet intérêt vient de l'art. 2213, qui décide dans quels cas une action dirigée contre la succession doit être intentée contre l'héritier et dans quels cas elle doit être intentée contre l'exécuteur.

Nous venons d'étudier, avec l'art. 2198, une des deux exceptions apportées aux principes qui régissent les dispositions de dernière volonté ; voyons maintenant avec l'art. 2199, une application de cette première exception. Cet article est ainsi conçu : « Le testateur peut autoriser l'exécuteur à se nommer un ou plusieurs co-exécuteurs. § 2. Le testateur peut autoriser l'exécuteur à se nommer un successeur. § 3. La nomination à lieu d'après 2198 § 1, deuxième proposition (1). » La disposition de l'art. 2199 est un peu ambiguë, on sait que c'est une question de confiance personnelle qui guide le testateur dans le choix d'un exécuteur ; faut-il pousser cette idée jusqu'au bout et dire que notre texte signifie que le testateur ne pourra donner les droits de l'art. 2199 qu'à l'exécuteur désigné par lui ? ou bien faut-il admettre qu'il signifie que le *de cuius* peut dis-

(1) Le premier projet ne contenait pas de dispositions correspondant à cet article.

poser, d'une façon générale, que quiconque sera son exécuteur aura ces droits, qu'il ait été nommé par lui ou par un tiers, ou par le tribunal de la succession ? Cette dernière interprétation semble plus conforme à l'esprit de la loi et au but poursuivi par le testateur ; elle permet de ne plus laisser l'exécution à la merci d'un accident et de la faire durer aussi longtemps qu'il sera nécessaire, puisque le successeur nommé pourra de nouveau se nommer un successeur (1).

Cet article permet au premier exécuteur nommé, non-seulement de choisir un exécuteur, mais encore de trancher la question de savoir s'il faut en nommer un. Le premier exécuteur pourra aussi déterminer le nombre des coexécuteurs qu'il veut s'adjoindre.

Le testateur peut, d'après le § 2, autoriser l'exécuteur à se désigner un successeur. Ce dernier pourra-t-il à son tour se choisir un remplaçant ? C'est là une question d'interprétation de la dernière volonté, à résoudre par la négative en cas de doute. Le testateur peut accorder sans restriction le droit de l'article 2199 à l'exécuteur (qui pourra alors transmettre sa charge à un autre à son gré), ou ne le lui donner que pour certains cas déterminés, tels que changement de résidence, mort, incapacité. Sans cette autorisation, l'exécuteur n'est pas juridiquement en état d'opérer une transmission complète de sa charge, à cause de la nature tout à fait personnelle de sa situation juridique, basée sur la confiance qu'a en lui le testateur. Cependant, il pourrait se choisir des représentants pour des actes isolés.

(1) MEISCHEIDER. P. 468-469.

En ce qui concerne sa forme, la nomination du coexécuteur ou du successeur s'effectue par une déclaration authentiquement certifiée, devant le tribunal de la succession. Faite autrement, spécialement dans une disposition de dernière volonté, elle serait nulle. Les pouvoirs prévus par l'article 2199, § 1 et 2, appartiennent à l'exécuteur aussi longtemps qu'il est en fonctions.

La seconde dérogation apportée à la règle de l'article 2065 est contenue dans l'article 2200 qui est ainsi conçu : Si le testateur a demandé dans un testament au tribunal de la succession de nommer un exécuteur, le tribunal peut procéder à la nomination. § 2 : le tribunal de la succession doit entendre les intéressés avant la nomination, lorsque cela peut avoir lieu sans ajournement considérable et sans frais demesurés.

Le premier projet ne contenait pas de disposition semblable. L'article n'a pris naissance que dans les délibérations de la deuxième commission, et encore n'est-on arrivé au texte définitif qu'après de longues discussions et le rejet de plusieurs projets. On proposa d'abord, d'autoriser le tribunal de la succession, lorsqu'un exécuteur venait à défaillir, et que le testateur n'avait pas désigné pour ce cas un autre exécuteur, à nommer au défaillant un remplaçant muni des mêmes droits, lorsque d'après les circonstances, et surtout en considération du but poursuivi par le testateur, on devait admettre que ce remplacement correspondait à la volonté de ce dernier.

Le sous-projet différait considérablement du projet ;

(1) Voir K. P., t. 5, p. 250, s.

il supposait toujours la défaillance de l'exécuteur, mais il exigeait seulement, pour que le tribunal eût le droit de nommer un exécuteur, que le testateur n'ait pas pris, en prévision de ce cas, des précautions suffisantes. Le tribunal n'agissait que sur la requête d'un intéressé, mais ce projet lui donnait le devoir et non plus seulement le droit de nommer un remplaçant. Toutefois, dans la forme éventuelle proposée pour le cas de rejet de celle-ci, notre projet se rapprochait de l'article 2200 en ce que le devoir du tribunal de nommer un exécuteur, au cas de défaut du premier nommé, était subordonné à la demande du testateur.

Enfin, le troisième projet éventuel faisait abstraction, à l'inverse des autres, de la nomination d'un premier exécuteur par le testateur; mais il exigeait une demande de ce dernier dans ses dispositions de dernière volonté, pour que le tribunal nommât un exécuteur. La nomination ne dépendait plus, comme dans les projets précédents, du tribunal seul; elle était subordonnée à une demande du *de cujus*. Mais la demande faite, le tribunal avait le devoir, et non pas seulement le droit de nommer un exécuteur.

Contre ces projets, et surtout contre la nomination d'office par le tribunal, on souleva de nombreuses objections (1). Le besoin de donner aux tribunaux le pouvoir de nommer des exécuteurs se faisait-il sentir? Ne serait-ce pas le faire entrer, d'une façon exagérée, dans les intérêts privés? Il ne s'agit pas ici, comme au cas de nomination de tuteurs ou de curateurs, de faire valoir les intérêts de personnes incapables de les gérer

(1) K. P., p. 251, s.

elles-mêmes. D'autre part, la peine imposée aux magistrats serait plus grande que celle imposée aux autres exécuteurs (qui se nomment un successeur), parce que ces derniers ne sont nullement obligés d'accepter l'exécution : en outre, une certaine responsabilité s'ajoute souvent à cette peine. Pour le moins, on ne devrait pas charger les tribunaux, comme le veut le principal projet, d'examiner si la nomination d'un autre exécuteur correspond à la volonté du testateur. Il suffit de les faire intervenir seulement sur une demande du testateur. On pourrait aussi, au cas possible d'une disposition sans fondement et sans but de la part du testateur, reconnaître au tribunal, non pas une obligation absolue de nommer un exécuteur, mais seulement un droit dépendant de son opinion équitable.

Par contre et en faveur d'une nomination par le tribunal, on fit valoir que souvent le testateur a voulu donner à l'exécution une longue durée, mais qu'il n'a pris aucune mesure pour le cas où l'exécuteur nommé viendrait à défaillir. On visa notamment les cas où une exécution est ordonnée, soit par des parents dans le but de protéger des enfants faibles d'esprit, ou dans l'intérêt d'une fille mariée, vis-à-vis de son mari, soit pour l'exécution de legs qui doivent profiter, non pas à des personnes privées, mais à des buts publics. On fit remarquer que la loi de Hambourg a pris pour de tels cas des mesures appropriées, en déclarant, sur le fondement de l'usage antérieur, les tribunaux de tutelle compétents pour nommer des exécuteurs. Ici, comme le testateur tient somme toute, moins à la personne de l'exécuteur qu'à voir l'exécution commencer et continuer, la nomination par le tribunal correspondra en

général à sa volonté, quoiqu'il n'ait pris aucune disposition relative à cette nomination.

Ces derniers arguments ne prévalurent pas, et le résultat de la discussion fut le rejet du projet et du sous-projet, et l'admission de la proposition n° 3, après qu'on y eut remplacé, à la suite des critiques rapportées plus haut, pour le tribunal, le devoir de nommer un exécuter par le droit correspondant.

Le droit accordé au tribunal, par l'art. 2200, dans sa forme définitive, est à la fois plus étendu et plus étroit que le pouvoir qui lui était reconnu par les deux premiers projets. Il a maintenant à nommer un exécuter (sans toutefois y être obligé) et non plus seulement un successeur à ce dernier. Mais d'un autre côté, il ne peut pas faire une nomination d'office, son droit est subordonné à une demande du testateur.

L'art. 2200 exige donc deux conditions pour qu'un exécuter soit nommé par le tribunal : 1° Il faut une demande du testateur, contenue dans son testament ; elle n'est soumise à aucune condition de forme ; il suffit qu'elle indique clairement qu'il veut, a) une exécution ; b) la nomination de l'exécuter par le tribunal. Cette demande est nécessaire, puisque le tribunal n'a pas à examiner d'une façon spéciale, comme le voulait un projet, si cette nomination correspond, d'après les circonstances, à la volonté du testateur ; elle doit émaner du *de cujus*, le tribunal n'ayant pas à nommer un exécuter d'office, ni à la requête d'un intéressé ; 2° il faut que le tribunal accueille cette demande ; il a, non plus le devoir, mais le droit de nommer, d'après son opinion équitable ; on ne veut pas lui imposer de corvées inutiles. Lorsqu'il ne veut pas satisfaire à la de-

mande du testateur, il n'a pas besoin de prendre une décision formelle, sauf si un intéressé le réclame (1).

L'art. 2200 ne dit pas si le tribunal est autorisé à nommer un autre exécuteur, lorsque celui qu'il a désigné n'accepte pas la charge ou vient à défaillir. Mais comme le but du testateur est de donner à l'exécution une longue durée, il paraît raisonnable d'admettre que le tribunal pourra nommer un nouvel exécuteur, tant que les devoirs de l'exécution ne sont pas encore remplis. Enfin, la demande du testateur peut être conditionnelle ; il priera, par exemple, le tribunal de nommer un exécuteur, si le tiers qui a le droit de le faire (art. 2498) n'exerce pas son droit.

Le § 2 de l'art. 2200 décide que le tribunal doit entendre avant la nomination les intéressés, lorsque cela peut se faire sans ajournement considérable et sans frais demesurés. Les intéressés sont tous ceux qui ont un intérêt juridique à l'exécution ; les créanciers de la succession en font donc partie.

(1) Voir PLANCK, sur l'art. 2200.

CHAPITRE III

POINT DE DÉPART DES FONCTIONS DE L'EXÉCUTEUR

Avant le code, les fonctions des exécuteurs commençaient, pour le cas où ils s'étaient chargés contractuellement de l'obligation, au moment où ils avaient connaissance de la mort du testateur, et au cas où ils avaient été institués par testament, lorsqu'ils étaient informés du contenu de ce dernier (1).

Le moment où commençait la charge de l'exécuteur manquait donc de précision ; de plus le droit antérieur avait le défaut de ne pas porter suffisamment à la connaissance des tiers l'acceptation de la charge : aussi le code, considérant les conséquences importantes de l'exécution, a-t-il innové sur ce point, et demandé dans un but de publicité facile à comprendre, une déclaration d'acceptation devant le tribunal de la succession (2). En conséquence, l'art. 2202 dispose ; § 1 : les fonctions de l'exécuteur commencent au moment où elles sont acceptées par ce dernier ; § 2 : l'acceptation de la charge,

(1) STOBEE. *Op. cit.* § 310.

(2) MOTIVE. T. 5, p. 220.

ainsi que la renonciation, a lieu par déclaration devant le tribunal de la succession. La déclaration peut être donnée immédiatement après l'ouverture de la succession ; elle est nulle lorsqu'elle est donnée sous condition ou à terme ; § 3. Le tribunal de la succession peut, à la requête de l'un des intéressés, fixer un délai à l'exécuteur nommé pour qu'il déclare accepter. A l'expiration de ce délai, la fonction est considérée comme refusée, lorsque l'acceptation n'a pas été déclarée auparavant

Cet article s'occupe, après avoir décidé que les fonctions de l'exécuteur commencent avec la déclaration d'acceptation devant le tribunal de la succession, de l'époque où doit avoir lieu cette déclaration et des conditions qu'elle doit remplir. Mais il passe sous silence les conditions de forme de cette dernière. Débarrassons-nous donc de cette question avant d'aborder l'étude des prescriptions de l'art. 2202. Il résulte du mutisme de la loi qu'elle n'impose à la déclaration aucune forme spéciale. Mais encore faut-il une déclaration ; elle ne peut en aucun cas être suppléée par l'entreprise d'actes relatifs à l'exécution. Ce point mis à part, elle peut être donnée oralement ou par écrit pour être inscrite au procès-verbal du juge ou du greffier. Certains auteurs admettent une déclaration tacite, lorsque la volonté de la personne nommée, d'accepter ou de refuser la charge, résulte clairement d'autres déclarations par elle faites devant le tribunal de la succession. Cette opinion peut, à la rigueur, être soutenue, quoiqu'elle ne soit pas complètement conforme au vœu de la loi, mais seulement dans le cas où les tiers n'éprouveront aucune difficulté à se renseigner sur l'acceptation ou le refus d'une exé-

cution. D'autres auteurs vont encore plus loin ; Planck, par exemple, estime qu'une déclaration devant le tribunal, déclaration purement orale, non constatée dans un acte, ne correspond pas à l'esprit de la loi, mais qu'elle ne peut pourtant être regardée comme nulle (Planck sur 2202, n° 1). Cette opinion est excessive ; la loi poursuit un but de publicité ; or une déclaration orale, même devant un tribunal, ne remplira que bien imparfaitement ce but. Si le code a gardé le silence, son esprit n'en est pas moins clair : il veut qu'il reste de l'acceptation une trace que tous les intéressés puissent constater.

L'exécuteur entre en fonctions au moment de son acceptation, mais cette règle est-elle si absolue qu'on ne puisse lui permettre, dans les cas pressants, d'exercer sa charge déjà avant l'acceptation ? A cette question, il faut répondre oui. Un projet présenté à la 2^e Commission permettait à l'homme de confiance choisi par le testateur, dans les cas pressants, de remplir ses fonctions déjà avant d'avoir fait sa déclaration. Mais il fallait, pour que l'on considérât les actes faits dans ces conditions comme ayant eu lieu pendant l'exercice de la charge, qu'il déclarât son acceptation dans les deux semaines de l'entreprise de ces actes (1).

Ce projet fut rejeté à cause des conséquences, tout à fait importantes pour les tiers, de l'acceptation, et aussi parce que l'obligation de faire une déclaration n'engendre pour l'exécuteur qu'une peine insignifiante. On tint une acceptation tacite de la charge pour incompatible avec le § 3 de l'article 1892 (dont la disposition est re-

(1) K. P., p. 252 et suiv.

produite par l'article 2202, § 3 actuel). Il pourrait arriver que, l'intéressé et le tribunal ignorant une exécution commencée en fait, un délai soit fixé après coup à l'exécuteur pour faire sa déclaration, quoiqu'il ait entrepris ses fonctions, délai à l'expiration duquel la charge serait considérée comme refusée. Il faut éviter une telle incertitude, dangereuse pour les relations, et, par suite, il vaut mieux renoncer à une acceptation tacite, bien qu'il faille reconnaître qu'il y a toujours, dans l'ouverture d'une succession, des affaires pressantes qui font souhaiter l'entrée en fonctions de l'exécuteur, la plus rapide possible. On ne peut satisfaire à ce besoin qu'en hâtant la déclaration d'acceptation prescrite par la loi, car l'exercice provisoire de la charge entraînerait des dangers pour la sécurité des affaires.

Mais qu'arriverait-il si, malgré tout, la personne désignée entreprenait quelques actes avant d'avoir fait sa déclaration ; quelle serait leur valeur ? Ce qui est certain, c'est qu'ils ne pourront être considérés comme actes d'un exécuteur. Pourtant, les contrats qu'elle aura passés deviendront valables, si elle les ratifie après avoir accepté la charge. Il faut regarder la personne qui a passé ces contrats comme un représentant de l'exécuteur et déterminer ses droits et devoirs d'après les principes de la gestion d'affaires sans mandat. Cette opinion est fortifiée par les travaux de la 2^e Commission ; après avoir rejeté, comme nous venons de le voir, le projet permettant à l'exécuteur d'agir, dans les cas pressants, avant l'acceptation, ils laissent entendre que si la déclaration devant les tribunaux peut retarder le commencement de la fonction qui doit parer à des affaires urgentes, dans maints cas, les principes de la gestion

d'affaire sans mandat garantiront de cet inconvénient (1).

Ces points éclaircis, revenons aux dispositions contenues dans notre article 2202. D'après son § 2, la déclaration peut avoir lieu immédiatement après l'ouverture de la succession. *A contrario*, donnée avant la mort du *de cujus*, elle serait nulle. Mais il n'y a pas besoin, pour qu'elle soit valable, que l'on ait procédé à l'ouverture du testament, il faut au contraire admettre qu'une personne, connaissant la mort du *de cujus*, et sachant d'autre part qu'elle a été nommée exécuteur, peut déclarer qu'elle accepte et commencer les démarches nécessaires à l'ouverture du testament.

Toujours pour que la question de l'acceptation ou du refus soit aussitôt vidée dans l'intérêt des tiers, le Code défend, à peine de nullité, de faire la déclaration qui nous occupe sous condition ou à terme. Dans le même but, il dispose que, à la requête d'un intéressé, le tribunal peut fixer un délai à l'exécuteur pour déclarer son acceptation. Passé ce délai, on le considère comme ayant refusé la charge. Le droit du tiers de demander la fixation d'un délai a le même fondement que celui qui est accordé par l'article 2198, § 2.

En ce qui concerne ses effets, la déclaration régulière est irrévocable, qu'il y ait acceptation ou refus des fonctions. Si l'exécuteur refuse, il ne peut plus revenir sur sa décision et accepter postérieurement, même si tous les intéressés y consentent. Les héritiers pourraient, il est vrai, en faire un mandataire général, mais nous ne sommes plus en face d'un exécuteur. Par contre, s'il a accepté, le principe de l'irrévocabilité souffre en

(1) Voir PLANCK SUR 2.202, n° 5.

pratique une large exception : l'exécuteur peut, après dénonciation, renoncer en tout temps à sa charge (article 2226). En droit, il faut pourtant distinguer entre la révocation, qui ferait que l'acceptation n'a pas eu lieu, et la dénonciation, qui termine seulement l'exécution, en la laissant subsister pour le passé (1).

Maintenant que nous connaissons l'art. 2.202, nous pouvons aborder la question de savoir s'il existe pour la personne choisie par le testateur un devoir légal d'acceptation. Notre art. parlant d'acceptation ou de rejet, la résout dans le sens de la négative. La conception de l'exécution comme affaire purement privée, rend inadmissible l'idée d'une contrainte juridique à l'acceptation, contrainte qui serait d'ailleurs contraire aux relations de confiance qui existent entre le testateur et l'exécuteur. Les auteurs antérieurs au code admettaient déjà d'une façon générale (2) ce principe, qui se retrouve aussi dans les droits particuliers (3) et qui a été reconnu à son tour par le premier projet (4). Bien que la fonc-

(1) Voir PLANCE sur 2.202,

(2) BESELER, Z. p. 182.

(3) SÆCHS. Gb. 2.234. Wer in einem letzten Willen oder in einem Erbvertrage zum Vollzieher ernannt wird, ist zur Uebernahme des Geschäfts nicht verpflichtet.

Dans le même sens OESTERR. Bgb. § 816. Hat der Erblasser einen Vollzieher (Executor) seines letzten Willens ernannt, so hängt es von dessen Willkür ab, dieses Geschäft auf sich zu nehmen...

Mais l'exécuteur perdait le bénéfice du legs à lui fait accessoirement : Bayr. Ldr. III. 2, 17 n° 3. Stehet jedem Executori frei oder die ihm übertragene Execution annehmen oder sich selber gegen Verlierung dessen, was ihm derhalben verschafft ist, ent schlagen wolle. . Churf. Pfalz bey Rhein erneuert L. R. von 1610. Th. III. Tit 28 pr... Welche auch diese (exécuteurs), dem testirer bei seinen lebzeiten zugesagte dienst allerdings zu leisten schuldig. Wo sie es aber nicht zugesagt, stehet ihnen frei, solcher execution, nach dess

tion soit confiée à un héritier ou à un légataire, il ne faut pas admettre en règle générale, disent les Motifs, que nous avons à faire à une charge qui doit être acceptée, puisque la nomination d'un exécuteur n'est pas considérée comme une charge. Son contenu essentiel ne consiste pas dans l'obligation de rendre certains services, mais dans la transmission d'une fonction à laquelle s'attachent des droits et des devoirs. Toutefois, la volonté du testateur peut faire de l'acceptation une charge ; c'est une question d'interprétation (p. 221).

Pourtant, certaines personnes peuvent, par exception, être obligées à accepter les fonctions d'exécuteur. Le premier projet consacrait une dérogation au principe de la liberté d'acceptation, en faveur des prescriptions des Landesgesetze qui imposent aux notaires l'obligation d'accepter (1). Ce texte fut rayé comme superflu,

^testirers absterben, sich zu underziehen oder nit. § 1. Darumb, ob sich einer, oder alle, solches testamentarien ampts zu underfangen, auss besondern ursachen verweigern, soll der, oder die, darzu nicht gedungen werden, aber von demjenigen, das ihnen vom testirer desshalb vermacht, auss solchem testament nichts zu gewarten.

Erneuert. gem. Ldr. des Hertz. Württemberg von 1610. Th. III. Tit. 27 § 1. Da aber einer auss Ursachen sich dieses Execution Ampts verweigerte, soll er dazu nicht getrunen, sondern dessen erlassen werden ; jedoch mit verlust dessjenigen, so ihme von dem Testirenden desshalben möchte verschafft oder vermacht worden seyn, welches denen im Testament ernannten Erben anfallen thut. etc... Schweinfurt St. XLI. 1. Auf den Fall aber, da er solchem Executions amt sich zu unterziehen beständig weigerte, solle er allen desjenigen, so ihm von dem Testirer deshalb verschafft oder vermacht worden, verlustig sein, hingegen solches den andern Mitexecutoren da einer ihm beigeordnet, wo aber nicht, dem oder denen eingesetzten Erben anfallen.

(4) M. t. 5, p. 220.

(1) *Einf. Gesetz.* § 90. M. t. V, p. 221-222

par la deuxième Commission, parce qu'il va de soi, même sans lui, que les Landesgesetze peuvent imposer aux notaires, qu'ils aient ou non la situation de fonctionnaires, des obligations déterminées, non seulement en droit public, comme devoirs de charge, mais encore en droit privé, vis-à-vis de certains intéressés.

Pourtant, s'il n'y a pas en général d'obligation légale d'accepter les fonctions d'exécuteur, peut-on s'obliger par contrat envers le testateur à une acceptation future de la charge ? L'affirmative était en général admise avant le Code (1), malgré l'avis contraire de Beseler (2). et de Koch (3). Le code n'a pas dérogé à cette doctrine,

Les motifs regardent comme superflue une prescription sur les effets de ce contrat, qu'il faut juger d'après les principes généraux. Mais ils ajoutent que la simple déclaration, vis-à-vis du testateur ou d'un cohéritier, qu'on est disposé à accepter les fonctions, ne peut produire d'effet, p. 221.

(1) GRUCHOT, *op. cit.*, p. 226. SCHWEINFURT, *St.* XLI. 1. Da aber ein oder anderer sich dieses Executionsamt weigerte, so solle er zwar, weil solches voluntarium ist und in eines jeden freiem Willen steht, darzu nicht gedrungen werden, es wäre dann, dass derselbe hiebevör dem Testatori es verwilligt und zugesagt hatte, oder solche Ursachen vorhanden, dass von uns ihm die Execution und Vollziehung dessen, aus erheblichen Ursachen auferlegt werden möchte. NURNB. Reform. XXXII, I. I. So jemand in seinem Testament oder letzten Willen von wegen guter und fleissiger Vollziehung desselben Executores und Aussrichter benennt und dieselben benannte Personen sich desseben Amts nit unterfahren wöllen, sollen sie darzu nit getrungen werden, sie hätten dann solchs hievor dem Testirer bewilligt und zugesagt, oder es wären sonst eehafte Ursachen vorhanden die bei der Obrigkeit oder dem Gericht für erheblich angesehen wurden.

(2) Z. p. 183.

(3) *Op. cit.*, p. 345.

CHAPITRE IV

FIN DES FONCTIONS DE L'EXÉCUTEUR

Les causes qui mettent fin à l'exécution peuvent se diviser en quatre groupes ; les unes prennent naissance chez l'exécuteur, elles proviennent d'un changement dans sa personne, ou de sa volonté, ou de ses fautes ; d'autres dérivent de la volonté du testateur ; d'autres sont indépendantes de la volonté du testateur ou de l'exécuteur, elles tiennent à la nature des choses ; les dernières enfin sont déterminées par la loi. Le code ne mentionne expressément que les causes qui rentrent dans le premier groupe. Il les énumère dans les articles 2225, 2226 et 2227 qui sont ainsi conçus : Article 2225 : La charge de l'exécuteur prend fin lorsqu'il meurt ou que survient un cas dans lequel sa nomination serait nulle d'après l'article 2201.

2226. L'exécuteur peut en tout temps résigner ses fonctions au moyen d'une dénonciation. — La dénonciation a lieu par déclaration devant le tribunal de la succession. Les prescriptions de l'article 671, § 2 et 3, s'appliquent ici. Article 2227 : le tribunal de la succession peut révoquer l'exécuteur sur la requête d'un des

intéressés lorsqu'il y a des motifs sérieux ; un tel motif se trouve notamment dans une grave infraction à ses devoirs, où dans son incapacité de gérer régulièrement. L'exécuteur doit être entendu avant la révocation autant que faire se peut.

Examinons successivement les diverses causes de cessation de fonctions prévues par le Code :

1^o Mort de l'exécuteur ; cette disposition de l'art. 2225 indique que la charge n'est pas héréditaire, la confiance et le dévouement étant personnels (1). Certains auteurs poussent, à cet égard, le scrupule très loin : dans le cas où l'exécuteur peut se nommer un successeur (2199 § 2), ils vont jusqu'à décider que, si son choix porte sur son héritier, il devra, non pas dire simplement : « Je désigne mon héritier pour me succéder à l'exécution », mais traiter cet héritier comme une personne ordinaire, à lui étrangère, et dire : « Je désigne X pour me succéder à l'exécution » (Voir Planck sur 2225, 1). Cette crainte est exagérée ; du moment où il faut une nouvelle désignation de la part de l'exécuteur pour se nommer un successeur, on voit bien que la charge n'est pas héréditaire, même s'il s'est contenté de ces termes : « Je désigne mon héritier... »

2^o Les fonctions cessent aussi lorsque survient un

(1) BAIER. Ldr. Th. III. Kap. 2 § 18. Ist mehrverstandene Execution ein blosses Personalgeschäft und erstreckt sich mithin nicht auf die Erben, sondern hört mit dem Tode des Executors auf, doch haften seine Erben für alles jene, was der Verstorbene selbst bereits hierin gethan hat.

HESS. ENTW. 222. die Gewalt des Vollziehers geht nicht auf dessen Erben über. Doch haben die Erben eines verwaltenden Vollziehers die zur Erhaltung des Vermögens nöthige Sorge bis zur Ablieferung desselben anzuwenden.

des cas où la nomination serait nulle d'après 2201 (art. 2225).

L'effet de ces causes est définitif, même si elles viennent à disparaître postérieurement; par exemple, les fonctions éteintes par suite de l'interdiction de l'exécuteur le demeureront, quoique la décision judiciaire prononçant l'interdiction soit invalidée après une action en contestation.

3° L'exécuteur peut résigner ses fonctions en tout temps, au moyen d'une dénonciation, art. 2226. Le code lui donne ce droit librement, comme au mandataire, mais les droits particuliers ne l'accordaient pas, en général, d'une façon aussi large. Certains permettaient seulement à l'exécuteur de proposer son désistement au tribunal, qui appréciait ses motifs. D'autres lui défendaient de se démettre de ses fonctions, s'il n'avait pas de motifs sérieux (1). Aussi, notre article n'a-t-il été admis dans sa forme définitive qu'après de nombreuses

(1) Voir BESELER, Z. p. 198. MÜHLENBRUCH, p. 438. GRUCHOT, p. 238. KOCH, p. 379. SCHWEINFURT St. XLI, 6. WÜRTTEMBERG. Ldr., Th. III, Tit. 25, § 5. Da daun einer oder mehr solches Ampts jetztgesetzter Mass sich angenommen, oder dessen zu beladen bewilliget, soll ihme ohne ehrhaffte Ursachen solches zu verlassen mit nichten gestattet werden.

BAIER. Ldr. Th. III, K. 2, § 17, n° 4. Wenn aber dieselbe (l'exécution) einmal übernommen ist, so kann man sich solcher ohne wahrhafte und erhebliche Ursache ferner nicht mehr begeben.

SÄCHS. Gb. 2235, Ein Vollzieher darf in den Fällen des § 2233 und, falls er das ihm übertragene Amt angenommen hat, in den Fällen des § 2234, davon nur zurücktreten, wenn Gründe vorliegen welche das Erbschaftsgericht erheblich findet.

Dans le même sens, MOMMSEN, § 182. Hat es aber angenommen, so kann er nur davon zurücktreten, wenn Gründe vorliegen, welche das Erbschaftsgericht erheblich findet.

discussions. Le premier projet contenait une disposition semblable à notre article actuel (art. 1895).

Les motifs exposent aux pages 223-224 les raisons qui ont conduit à l'admission de l'art. 1895 : ce sont les mêmes, disent-ils, qui ont poussé à accorder le libre droit de dénonciation au mandataire. Elles interdisent d'attacher à l'acceptation de la qualité d'exécuteur une sujétion plus lourde qu'à l'acceptation du mandat.

Assurément, on peut objecter que dans certains cas le *de cujus* aurait un intérêt particulier, bien que seulement idéal, à ce que l'exécuteur soit plus solidement lié qu'un mandataire, car il est empêché par la mort de nommer un autre exécuteur à la place de celui qui renonce. L'exécuteur aurait consenti par l'acceptation de la charge à cette sujétion. Mais cette règle édictée dans l'intérêt du testateur pourrait avoir pour conséquence des refus fréquents de la charge.

D'autre part, le testateur est libre de nommer un remplaçant à l'exécuteur pour le cas de renonciation comme pour le cas de refus. Ce n'est pas une solution à approuver que de permettre seulement à l'exécuteur de proposer sa destitution devant le tribunal de la succession pour des motifs graves, parce qu'il ne faudra pas attendre une activité féconde de la personne maintenue en charge contre sa volonté.

D'un autre côté, cet accroissement de difficultés apporté à la dénonciation ne se justifie pas : il faut éviter de faire intervenir le tribunal de la succession dans des affaires privées, tant qu'un besoin pressant ne s'en fait pas sentir. Or, ce besoin n'existe pas ici, parce qu'il y a toujours quelqu'un qui se trouve obligé à l'exécution de la dernière volonté à la place de l'exécuteur : l'héritier.

La deuxième commission au contraire voulait rendre plus difficile l'exercice de ce droit de renonciation. On présenta dans ce sens le projet suivant : L'exécuteur peut déposer sa charge avec le consentement du tribunal de la succession. Le consentement sera donné lorsqu'il existera des motifs sérieux. — A l'appui de ce projet, on fit valoir qu'il n'est pas juste de donner à l'exécuteur le droit de dénoncer librement. Le mandataire et le représentant à plein pouvoir ont, à la vérité, ce droit. Mais la situation particulière de l'exécuteur justifie une exception à cette règle. Si la personne désignée par le testateur vient à défaillir pour une cause quelconque, la dernière volonté du mort restera sans exécuteur, s'il n'y a pas eu de substitut nommé. Or, souvent on ne désigne pas de substituts, notamment lorsque l'exécuteur institué dans le testament a déclaré au testateur qu'il était prêt à accepter la charge, et que, selon toutes prévisions, l'exécution doit se terminer à bref délai. Il en est autrement dans le plein pouvoir ordinaire ; le mandant peut en cas de renonciation du mandataire, lui donner en tout temps un remplaçant. Celui qui accepte les fonctions d'exécuteur doit naturellement consentir à un certain assujettissement et renoncer dans une certaine mesure au libre droit de dénonciation. La dénonciation ne doit être permise que pour des motifs sérieux, c'est-à-dire tels que s'ils avaient existé dès le commencement, ils auraient probablement poussé l'exécuteur à refuser les fonctions à lui offertes (1).

Ce projet fut pourtant repoussé et notre article fut

(1) Voir dans le même sens HARTMANN, *Verh.*, 1, p. 22.

admis dans sa forme actuelle pour les raisons suivantes : Le cas où l'exécuteur se démettra de ses fonctions par pur caprice n'est pas à prévoir. Le législateur doit partir de cette idée que, lorsque l'exécuteur résigne sa charge, il a de bonnes raisons pour le faire. Si l'on part de l'opinion que la dénonciation ne pourra se produire qu'à la suite de motifs suffisants, il n'est pas nécessaire de laisser au tribunal la décision de la question de savoir s'il existe de tels motifs. L'exécuteur serait forcé, dans certains cas, pour prouver la gravité des raisons qu'il invoque, de rendre publiques et de discuter devant le tribunal des affaires de famille intimes et multiples, ce qui ne serait souvent pas dans l'intérêt des personnes appelées à la succession et ne correspondrait pas à la volonté présumée du testateur. Il doit donc suffire que l'exécuteur donne à penser qu'il a des motifs sérieux pour résigner sa charge, par ce fait qu'il dénonce ses fonctions devant le tribunal. Avec cette réglementation, une dénonciation par pur caprice est possible. Mais, d'un côté, de pareils cas sont rares, de l'autre il vaut mieux accepter ce résultat qu'écarter à la légère de ces fonctions les individus capables d'être exécuteurs et prêts à accepter cette charge, en les effrayant par une augmentation de difficultés de la dénonciation. La charge de l'exécuteur est ingrate ; il est souvent soupçonné et accusé de partialité. Il faut donc lui laisser une porte ouverte pour se soustraire à ces désagréments (1).

Enfin, ce ne serait plus un rapport de confiance qui existerait entre le testateur et l'exécuteur.

Mais la fin de l'art. 2225 corrige les inconvénients que

(1) K. P., t. V. p. 259-260.

pourrait présenter ce libre droit de dénonciation, en déclarant applicables les prescriptions de l'art. 671, § 2 et 3. Le législateur a voulu prévenir par là l'abandon intempestif de la charge (1). La dénonciation doit avoir lieu de telle sorte que les héritiers puissent prendre par ailleurs des mesures pour la gestion des affaires, lorsque la déclaration intempestive n'est pas fondée sur des motifs sérieux. Dans le cas d'une dénonciation sans motif sérieux, l'exécuteur est responsable envers l'héritier du dommage causé. Mais s'il a une raison valable, il pourra dénoncer, même s'il a renoncé à ce droit.

En ce qui concerne la forme, la dénonciation a lieu devant le tribunal de la succession, par une simple déclaration, sans formalités spéciales, pour éviter des frais inutiles (2).

4° L'exécuteur peut être révoqué par le tribunal de la succession, à la requête d'un des intéressés. Art. 2227. Cette règle n'est pas une innovation du Code (3) ; le

(1) M., t. V, p. 223.

(2) M. t. 5, p. 224.

(3) BESELER. Z. p. 208. ROTH. *op. cit.* § 392. GRUCHOT *op. cit.* p. 239.

BAMBERGSCHES LDR. Th. 1. Anh. 1. Tit 3. § 7. Es eregneite sich dann ein besonders erheblicher Umstand, welcher den Executorn nicht zu dem Geschäft zulassete ; Worüber sodann nach Verschiedenheit eines Gerichtlichen oder anderen Testaments entweder der Vogtey-Herr des Sterb-Hausses oder Unser Geistlicher Rath zu erkennen und die Execution auf andere Weis zu thun, oder auch solche denen Erben, da sie unter sich einig, und des ihrigen Alters und Stands halben mächtig wären, zu überlassen hat.

SÆCHS. Gb 2241. Macht sich der Vollzieher durch Pflichtwidrigkeiten oder Verbrechen des Vertrauens unwürdig oder werden dessen Vermögensverhältnisse unsicher, so kann jeder bei der Erbschaft Betheiligte dessen Entfernung verlangen. — 2242. Ohne

Sächs. Gb. permettait même au tribunal de déposer l'exécuteur d'office (voir Sächs. Gb. art. 2242, même note). Le Code n'a pas maintenu la déposition d'office, mais il a conservé l'intervention du tribunal dans la destitution; on ne peut raisonnablement pas, étant donné le but de l'exécution, permettre aux héritiers de révoquer eux-mêmes l'exécuteur, qui restreint leurs droits et auquel ils doivent être soumis. Les motifs du Hess. Entw. sur l'art. 223 (qui contient la même prescription que l'art. 2241 du Sächs. Gb.) font très bien ressortir les raisons pour lesquelles le tribunal doit intervenir: le testateur comptait sur la fidélité et la conscience de l'exécuteur. S'il s'est trompé, si ce dernier agit déloyalement et lèse les intérêts des héritiers et des légataires, il doit être révoqué, parce que le testateur ne peut avoir désiré ses services dans de telles circonstances. Mais une révocation volontaire ne doit et ne

einen darauf gerichteten Antrag kann das Gericht aus den angegebenen Gründen die Entfernung des Vollziehers verfügen, wenn es vom amtswegen für den Nachlass zu sorgen hat. (Mommson, Entw. art. 186, reproduit ces 2 §§).

BAIER. LDR. Th. III, Kap. 2, § 18, n° 14. Wohl aber mag die Obrigkeit bey verspürendem Saumsal oder anderer ungebührlicher Handlung ihm entweder die Execution gar benehmen, oder wenigst einen Coexecutoren bestellen.

LANDR. DER MARKGR. Baaden. Th. V. Tit. 24, § 9. Im fall aber sich begäb, dass die verordnete Testamentarii oder die Erben zu Exequirung und vollnziehung dess Testaments nicht tauglich waren, oder sie sonsten damit gar zu langsam und ungeschickt umgiengen, Sollen Unsere Beambte, damit dess Verstorbenen letzter Will erfüllet, und Unserer Underthanen Nutzen befördert werde, alsdann zwo oder drey andere geschickte, aufrichtige und erbare Mannspersonen verordnen, welche nach Ausweiss dieses Unsers Landrechts, dess Abgestorbenen letzten Willen, auff der Erben ziemlichen Kosten vollnziehen.

peut avoir lieu ; seul le tribunal doit décider si les conditions d'une destitution sont remplies. Il ne commencera pas la procédure d'office, mais seulement sur la requête d'un intéressé, car le rapport qui existe entre le testateur et l'exécuteur est un rapport de droit privé. Toute faute ne suffit pas non plus pour entraîner la révocation de ce dernier, elle suppose une grave infraction à ses devoirs. Il serait dangereux de laisser aux intéressés la possibilité de remettre en question, pour chaque négligence insignifiante, la capacité d'un exécuteur qui les gêne peut-être, et d'essayer de se soustraire à sa surveillance.» Donc, ni révocation volontaire, ni révocation d'office par le tribunal : les Motifs eux-mêmes, qui voient dans l'exécuteur un représentant légal des héritiers, refusent à ces derniers le droit de révocation (1) et le tribunal n'a plus à surveiller les exécutions testamentaires.

Il faudra toujours une requête d'un des intéressés et ceux-là seuls pourront proposer la destitution. Si par exemple, des fonctionnaires ou des religieux ont besoin, pour accepter l'exécution, d'une permission de leurs supérieurs, ces derniers, au cas où ils refuseront ou retireront leur permission, ne pourront pas introduire de requête en révocation contre leurs subordonnés. Ils ne pourront que les engager à déposer leurs fonctions (2).

Il faut en outre des motifs sérieux pour que la révocation soit prononcée ; l'art. 2227 cite à titre d'exemples les manquements graves de l'exécuteur à ses devoirs et son incapacité d'administrer régulièrement, cette der-

(1) M, t. 5 p. 224, 226.

(2) PLANCK Sur l'art. 2227, n° 1.

nière n'a pas besoin d'être fautive ; on ne s'inquiète pas non plus du point de savoir si elle existait au début de la charge ou si elle n'est survenue que plus tard ; cette solution s'appuie sur le changement qu'a subi l'art. 1896 du premier projet, qui ne diffère de l'art. 2227 que par la forme. Il s'exprimait ainsi *in fine* : un tel motif existe lorsque..... l'exécuteur est devenu impropre à une administration régulière, tandis que l'art. 2227 fait abstraction de toute question de temps et dispose qu'un tel motif consiste spécialement..... dans l'incapacité d'administrer régulièrement.

D'une façon générale, on peut dire que l'art. 2227 s'appliquera toutes les fois que la conduite de l'exécuteur laissera présumer sérieusement que la continuation de sa gestion ferait courir des dangers à la succession ou aux intérêts de ceux qui y sont appelés (1).

Avant la révocation, on doit entendre, autant que possible, l'exécuteur, pour qu'il puisse fournir ses explications. Il faut considérer cette destitution comme définitive, quoique la loi n'en dise rien. En effet, on ne sait à qui attribuer les droits de l'exécuteur, pendant la destitution temporaire, que défendent certains auteurs.

II. — *Causes de cessation des fonctions dérivant de la volonté du testateur.* — Ces causes sont l'arrivée du terme ou de la condition résolutoire, fixées par le testateur comme limites à l'exécution.

III. *Causes de cessation indépendantes de la volonté du testateur ou de l'exécuteur.* — La charge se termine avec l'accomplissement des obligations de l'exé-

(1) Voir PLANCK. Sur l'art. 2227, n° 2.

cuteur, quoiqu'il ait été dit en passant dans les travaux de la deuxième Commission, p. 314, que les fonctions ne cessaient pas d'elles-mêmes, mais seulement par la démission de l'exécuteur.

IV. *Causes de cessation légales.* — L'exécuteur chargé de l'administration de la succession sans autres devoirs (art. 2209) voit ses fonctions prendre fin, sauf quelques cas exceptionnels, trente ans après l'ouverture de la succession.

Mais hormis le cas de 2209-2210, on n'a pas jugé à propos d'assigner à l'exécution une durée déterminée (1). Il serait impossible de fixer une limite convenable (2). Les limites imposées par certains droits particuliers sont arbitraires (3).

(1) BAIER. Ldr. Th. III, K. 2, § 18 n° 12. Im übrigen kann zwar keine bestimmte Zeit festgesetzt werden inner welcher man die Execution zu vollenden hätte, doch soll sich der Executor so viel möglich hierin beschleunigen, sonderbar aber die Legata pro Alimentis und andere dergleichen milde Vermächtnisse fordensamst zu entrichten suchen.

(2) M. t. V, p. 226.

(3) *Nürnberg. Reform.* XXXII. 2. 1. So der Testirer keine Zeit zu verrichtung seines letzten Willens bestimmt hat, sollen die Executores nach geschehener Inventirung die verschaffte unstrittige Güter die derselben Zeit in des Testirers Gewalt gewesen und die Vormünder zu ihren handen gebracht, sie seien beweglich oder unbeweglich inner zwei Monaten den Legatarien zustellen und einantworten.

FRANK. L. G. O. LXXII. 1. Da der Verschaffer zu Exequirung seines letzten Willens kein Zeit bestimmt hat, setzen wir den Executores die von gemeinen geschriebenen Rechten verordnete Zeit nemlich ein Jahr, von der Zeit angenommenen Executionsamt anzurechnen, zu welchen Zeit sie das ganze Testament zu vollstrecken schuldig, solle ihnen auch ohne sonderbare Ursachen längere Zeit in unser Stadt Würzburg von unserm Landrichter, auf dem Land aber von den Beamten, Rath und Gerichten nicht gegeben werden.

Enfin, la disposition de dernière volonté par laquelle un exécuteur est nommé, peut devenir caduque, d'après les principes généraux du droit des testaments. Actuellement, la nullité d'une des dispositions contenues dans le testament (notamment d'une institution d'héritier) n'entraîne la nullité des autres, que si l'on doit admettre, que le testateur n'aurait pas pris ces dernières sans la disposition nulle, art. 2085. Une disposition nommant un exécuteur pourra donc demeurer seule valable. Mais quoique se suffisant à elle-même, elle pourra tomber sous l'art. 2078, qui est ainsi conçu : une disposition de dernière volonté peut être contestée, lorsque le testateur était dans l'erreur en ce qui concerne son contenu, ou qu'il ne voulait pas donner un tel contenu à sa déclaration, et que l'on doit admettre qu'il n'aurait pas pris cette disposition s'il avait connu la situation. Il faut donner la même solution, lorsque le testateur a été poussé à prendre cette disposition par la fausse croyance ou attente, de l'arrivée ou de la non-arrivée d'une circonstance, ou contrairement au droit par menace.» Supposons par exemple que le testateur a nommé un exécuteur seulement parce qu'il instituait un héritier qui ne jouissait pas de toute sa raison, et que cet héritier meure avant l'ouverture de la succession. L'héritier qui viendra à la succession pourra faire valoir que l'exécuteur, nommé pour assister un héritier fou, n'a pas de raisons d'être en ce qui le concerne, et contester sa nomination.

APPENDICE. — CHAPITRE V

INDEMNITÉS QUE PEUT TOUCHER L'EXÉCUTEUR POUR SA GESTION

En droit commun, on admettait que l'exécuteur ne devait pas souffrir pécuniairement de ses fonctions, et que toutes les dépenses, tous les frais, occasionnés directement ou indirectement par sa charge, devaient lui être remboursés par la succession. Cette manière de voir se rencontre également dans la plupart des droits particuliers (1). Mais, d'une façon générale, on ne lui attribuait pas des honoraires de plein droit. On considérait que sa charge reposait sur l'amitié et la confiance, et on ne lui accordait de rétribution que lorsque le testateur l'avait expressément ordonné, quoiqu'il apparût convenable et qu'il fût habituel de lui donner des honoraires (2).

(1) Württemb. Ldr. de 1610, Th. III, tit. 27, § 5. Dagegen ihnen auch alle billiche Kosten, von dennselben dises ihres Ampts halben auffgewendt, entrichtet, und sie damit ihres Ampts gæntzlich und in allweg entladen werden. (Voir aussi la note suivante.)

(2) GRUCHOT, *op. cit.*, p. 229 s. Voir ROTH, *op. cit.*, p. 804. BESELER. Parmi les droits qui accordent des honoraires, sans exiger une disposition expresse du testateur, citons le BAIER. Ldr., Th. III, Kap. 2,

Sous l'empire du code, l'exécuteur a droit, comme auparavant, au remboursement de tous ses frais, art. 2218. Mais en ce qui concerne les honoraires, la théorie généralement admise autrefois, a été renversée et l'article 2221 dispose équitablement que « l'exécuteur peut réclamer pour la gestion de sa charge une rétribution convenable ». Maintenant l'exécuteur pourra toujours réclamer des honoraires ; par exception, le testateur pourra les lui supprimer par une disposition expresse. Il faut en effet prévoir les cas où l'exécution n'aura qu'un objet restreint, une courte durée et ne causera que peu

§ 20, n° 4. Dagegen wird er von gedachten Interessenten nicht nur um alle von Executionswegen erlittene Schæden und aufgewendete Kœsten soviel deren immer erweislich und passirlich sind indemnisiert, sondern es gebührt ihm auch 5^{te} die von dem verstorbenen selbst bestimme, oder da nichts bestimmt ist, eine proportionirliche Ergœtzlichkeit für seine gehabte Mühewaltung.

Le Hess. Entw. ne donne de rétribution, en l'absence de disposition du testateur, qu'à l'exécuteur administrant, art. 220. Hat der Erblasser über die Belohnung keine Bestimmung getroffen, so kann nur von dem verwaltenden Vollzieher eine mässige Belohnung in Anspruch genommen werden.

Dans la même hypothèse, le *Sächs. Gb.* n'accorde d'honoraires qu'à certaines conditions, art. 2245. Hat der Erblasser dem Vollzieher des letzten Willens keine Vergütung für seine Bemühungen ausgesetzt, so kann dieser eine solche nur unter den im § 820 angegebenen Voraussetzungen fordern. — § 820. Ein Vertrag über die Leistung von Sachen oder Diensten, durch welchen eine Vergütung nicht ausdrücklich verabredet wurde, ist, wenn sich aus den Umständen ergibt, dass die Leistung nur gegen eine Vergütung erwartet werden konnte, als auf eine Vergütung gerichtet anzusehen, welche auf das billige Ermessen des Fordernden gestellt ist.

Dans le sens du Code, Mommsen, art. 188, § 1 : der Vollzieher kann, auch wenn der Erblasser ihm keine Vergütung für seine Bemühungen ausgesetzt hat, doch im Zweifel eine, noethigenfalls durch das Erbschaftsgericht nach billigem Ermessen festzusetzende Vergütung fordern.

de dérangements. Mais, au cas habituel, comment vont se calculer les honoraires ? Si le *de cujus* les a fixés, il faut s'en tenir à sa volonté ; s'il a gardé le silence, ou l'on se trouve dans un pays où la rétribution est déterminée par l'usage (à Hambourg, on donne à l'exécuteur 2 0/0 de la valeur de la succession) ou non. Dans ce cas, l'exécuteur et les intéressés pourront s'entendre, en prenant pour base l'importance de la succession, le plus ou moins grand nombre de devoirs qui auront été imposés à l'exécuteur et les peines que ces derniers lui auront coûtées. En cas de difficultés, il faudra recourir à un procès.

Mais qu'arrivera-t-il si les fonctions de l'exécuteur prennent fin avant qu'il ait rempli tous ses devoirs ? Il faudra apprécier si, et dans quelle mesure, la gestion interrompue de l'exécuteur mérite une rétribution. C'est la solution qui a été donnée par la deuxième Commission (1), après qu'elle eut repoussé deux projets, l'un qui voulait appliquer à notre hypothèse les règles du contrat de services, sous prétexte qu'il ne s'agit pas dans l'exécution de contrat synallagmatique, l'autre qui décidait que l'exécuteur pourrait réclamer une partie de la rétribution correspondant aux services rendus, sous prétexte que l'esprit de ce dernier projet se rapprochait de celui du premier.

Ce point élucidé, une nouvelle question se pose : les honoraires peuvent-ils se cumuler avec une libéralité faite par le testateur à l'exécuteur ? Ou bien l'exécuteur devra-t-il se contenter du legs, qui sera censé être fait à titre de rétribution ou la contenir ? Les Motifs nous

(1) K. P. t.V, p. 316-317.

donnent la solution (1) : c'est une question de fait, il faut rechercher dans chaque cas l'intention du testateur.

Mais en aucun cas, les honoraires accordés par une disposition de dernière volonté ne peuvent être regardés comme un legs. Car la conséquence serait que l'exécuteur ne pourrait en réclamer le paiement, qu'après que tous les créanciers du *de cuius* auraient obtenu satisfaction, ainsi que les réservataires (2). Or, on ne peut pas le traiter plus mal que si le testateur n'avait rien décidé à son égard. Dans ce cas, il aurait droit à une rétribution et agirait en qualité de créancier de la succession. Il faut alors admettre que la rétribution qui lui est due forme dans tous les cas, même quand elle est due par suite d'une disposition de dernière volonté, une dette de la masse de la succession. Toutefois, dans cette dernière hypothèse, si la rétribution accordée est notoirement exagérée par rapport aux services rendus, les créanciers n'auront à considérer comme dette de la masse que la partie correspondant aux services qui leur auront été rendus par l'exécuteur, dans leur intérêt général; le surplus devra être traité comme un legs.

(1) M. t. V, p. 244.

(2) M. t. V, p. 244-245.

TROISIÈME PARTIE

DROITS ET DEVOIRS DE L'EXÉCUTEUR

INTRODUCTION

GÉNÉRALITÉS. — COMPARAISON ENTRE LES EXÉCUTEURS
DU CODE, DE L'ANCIEN DROIT ET DU
PREMIER PROJET

Le code n'a réglementé qu'un type d'exécuteur, mais il lui donne des pouvoirs très étendus. Il lui impose deux devoirs essentiels : 1° Exécuter la dernière volonté du défunt, art. 2203 ; 2° partager, lorsqu'il y a lieu, la succession entre les cohéritiers, art. 2204 ; devoir qui se rattache d'une façon très étroite au précédent. Cette double obligation résume la fonction entière de l'exécuteur ; tous ses autres pouvoirs ne lui sont donnés que pour qu'il puisse arriver à la réaliser. Dans ce but, l'art. 2205 lui donne l'administration de la succession, et, avec elle le droit de prendre cette dernière en possession et de disposer à titre onéreux des objets qui la composent. L'art 2206, complément de 2205, l'autorise à contracter des obligations pour la succession, lorsque cela est nécessaire à une administration régulière. Enfin, le code lui permet d'arriver à la réalisation pratique de ses droits ; d'après l'art. 2212, il peut

faire valoir seul, en justice, les droits soumis à son administration, et, d'après l'art. 2213, répondre, concurremment avec l'héritier, mais seulement lorsqu'il a l'administration de la succession, aux prétentions dirigée scontre cette dernière.

Mais si le code n'a réglementé qu'un type d'exécuteur, rien ne s'oppose à ce que le testateur modifie, dans des limites données, ce type normal, ou institue un exécuteur dans d'autres buts. Le code lui-même a prévu des exécutions à but spécial dans ses articles 2222 et 2223.

Si on compare le droit actuel au droit antérieur (1), on peut relever entre eux de notables différences. Il a tout d'abord complètement négligé une distinction dont on s'occupait beaucoup autrefois en droit commun, la distinction en exécuteurs universels et en exécuteurs particuliers. Les premiers étendaient leurs pouvoirs sur l'ensemble de la succession, tandis que les seconds n'étaient chargés que de l'exécution de quelques affaires spéciales. Mais ce n'est pas là un changement bien important, car si les mots n'existent plus, la distinction subsiste en fait.

Comme le fait remarquer Meischeider (2), le code en permettant de nommer des exécuteurs dont l'activité se restreint à des objets déterminés reconnaît encore des exécuteurs particuliers (3).

(1) Autant que la comparaison peut porter sur des principes généralement admis, étant donné les situations très différentes, faites aux exécuteurs par les divers droits.

(2) *op. cit.*, p. 480.

(3) BAIER. Ldr., Th. III. Kap. 2, § 10, n° 5. Wird der Executor entweder zur Ausrichtung des ganzen letzten Willens, oder nur eines sonderbaren gewissen Geschäfts verordnet. Erstenfalls heisst er universalis, andernfalls particularis Executor.

Mais en accordant normalement à l'exécuteur, pour lui permettre de remplir sa mission, l'administration de la succession, le code a renversé le principe généralement admis avant lui. L'administration n'était accordée, que si le testateur l'avait spécialement ordonné (1).

Les exécuteurs se divisaient en deux grandes classes : ceux que le testateur avait chargés de l'administration, et ceux à l'égard desquels il n'avait pas pris de disposition spéciale relativement à ce devoir. Ces derniers n'avaient qu'un droit de surveillance et le droit de réclamer aux gratifiés l'exécution des dispositions de dernière volonté et surtout des charges (2). D'après Bluntschli, qui défend cette manière de voir, l'administration ne rentre pas naturellement dans les attributions de l'exécuteur. Les héritiers doivent être considérés comme les représentants réguliers et comme les successeurs du testateur et leur droit s'étend de lui-

(1) *ROTH. op. cit.*, p. 809. *Gruchot, op. cit.*, p. 223-224. *Sæchs. Gb.* 2238. Zur Verwaltung der Erbschaft ist der Vollzieher nur berechtigt, wenn ihm dieselbe aufgetragen worden.

Preuss. a. Ldr. § 558. Ist mit dieser Vollziehung zugleich die Verwaltung des Nachlasses ganz oder zum Theil verbunden, so ist der Vollzieher in so weit als ein Verwalter fremder Güter zu betrachten.

(2) *Hess. Entw.*, art. 210. Der Vollzieher, über dessen Rechte und Verpflichtungen von dem Erblasser keine besondere Bestimmungen getroffen worden ist, hat darüber zu wachen, dass der letzte Wille aufrecht erhalten und alle Bestimmungen desselben zur Ausführung gebracht werden.

Sæchs. Gb., art. 2237, der Vollzieher hat für die Aufrethaltung und Ausführung des letzten Willens, für Anfertigung eines Nachlassverzeichnisses und für Sicherung der Erbschaft zu sorgen ; er kann auf Erfüllung der Verfügungen klagen, bei welchen es sich blos um das persönliche Interesse des Erblassers handelt.

même partout où les besoins de l'exécution n'exigent pas sa limitation en faveur de l'exécuteur.

Le code est parti d'un point de vue diamétralement opposé. Le premier projet, malgré sa tendance à restreindre les pouvoirs de l'exécuteur, rejetait déjà la conception d'un exécuteur simplement surveillant à côté d'un exécuteur chargé de l'administration. Il lui donnait dans tous les cas cette dernière ; les motifs basent cette décision sur les arguments suivants (1) : la conception de l'exécuteur surveillant ne correspond pas au sens habituel du mot exécuteur. Il est difficile de prétendre, abstraction faite du Sächs. Gb. ; que le droit antérieur tend à restreindre dans une telle mesure les droits de l'exécuteur. Le projet de code admet que la simple nomination d'un exécuteur, sans plus amples détails, confère des droits absolus et entraîne les effets les plus étendus. Le déclarant peut restreindre, dans des limites données, l'étendue de ses effets, et au point de vue pratique, il est beaucoup plus facile pour lui de supprimer des détails dans un ensemble de droits déterminés, que de décider jusqu'à quel point les droits qu'il veut accorder peuvent s'étendre.

Toutefois, ce type légal unique n'a pas été accepté sans difficultés. Il a rencontré dans Hartmann (2) un adversaire acharné. Cet auteur répond de la façon suivante aux arguments des motifs : le mot *Testamentsvollstrecker* n'est nullement typique, on rencontre d'autres expressions que celle-là. Les profanes et les conseillers qui aident à rédiger un testament appliquent

(1) M. 5., p. 218, 226.

(2) *Verh.* 1, p. 23 et s.

déjà ce mot à l'homme de confiance qui n'a qu'à exécuter des dispositions qui lui sont habituellement notifiées par anticipation et dans lesquelles il n'y a pas trace d'administration, telles que celles qui concernent la forme de l'enterrement, l'érection d'un monument, etc. De plus, il est certain que, si l'on veut interpréter aussi largement le mot exécuteur, on arrivera à faire refuser souvent une charge devenue trop lourde de responsabilités. Et enfin, ce mot allemand n'a pas un sens nettement déterminé, il est capable d'acceptions variables. D'autre part, parmi les législations et les projets récents, nationaux ou étrangers, il n'en est pas un seul où ce terme exécuteur ne soit pas appliqué en premier lieu au cas le plus simple comme cas normal, au cas notamment où le testament n'accorde pas spécialement la possession et l'administration. Il est difficile de soutenir que le droit en vigueur ait une préférence marquée pour un type unique.

En ce qui concerne le troisième argument, Hartmann croit qu'il a pour fondement un malentendu causé par le mot absolu, car, dit-il, si les droits accordés à l'exécuteur sont absolus en ce sens qu'ils lient, d'après leur intensité, à la manière plus rigoureuse des droits réels, comment peut-on en déduire qu'ils doivent être absolus dans ce sens tout autre, qu'ils doivent être extensivement aussi compréhensifs que possible ?

Quant au but pratique que l'on poursuit, on ne l'atteindra pas. Il n'est pas facile au testateur d'être précis sur les particularités qu'il veut rejeter. Il faut avoir pour cela une grande connaissance des lois et beaucoup de prévoyance. Or, l'exécuteur va avoir tous les droits qui ne lui seront pas clairement enlevés. Qu'arrivera-t-il

alors ? C'est que l'exécuteur aura souvent plus de droits que le testateur n'a voulu lui en donner, si bien qu'on tombera sur un de ces écueils : ou l'homme de confiance refusera lorsqu'il saura quelle quantité de charges lui impose la loi, charges auxquelles il ne s'attendait pas, étant donné les désirs du défunt, ou bien une personne que le testateur n'a pas jugée digne d'une telle confiance sera investie d'office de la possession des biens de ce dernier et les compromettra par son administration. Et si l'on songe que les femmes et les faillis peuvent être exécuteurs, il ne semble pas que l'on doive présumer, en cas de doute, les droits les plus larges, à cause du seul mot exécuteur.

Si encore on arrivait ainsi à trancher les difficultés d'interprétation et les doutes pratiques de détail, même seulement à les réduire, cette conception aurait un bon côté. Mais il est rare qu'un testateur nomme purement et simplement un exécuteur. Il lui trace en général un petit programme à suivre. Le code ne fera pas disparaître cet usage, si enraciné et aussi si motivé par les aspects multiples des intérêts, relations juridiques et désirs du testateur. Dans ce cas, il sera difficile de déterminer, dans l'ensemble des droits conférés par la loi, ceux qui doivent en être retranchés d'après le testament. Faudra-il accorder à l'exécuteur tous les droits dont ne parleront pas les dispositions de dernière volonté ? L'exécuteur ne sera-t-il pas forcé, pour rester dans l'esprit de la loi, d'interpréter de la façon la plus large, ses devoirs et ses droits ? Et cette interprétation ne le conduira-t-elle pas à des conflits avec les héritiers, désireux de lui être soumis le moins possible ? Si bien qu'au lieu d'atteindre le but du projet, diminuer

les procès, on arrivera peut-être à un résultat tout opposé.

Hartmann conclut qu'il faut poser en principe que la volonté déclarée du testateur doit régler les droits et devoirs de l'exécuteur. Ce principe a pour lui l'histoire et il sera généralement facile de connaître l'étendue de ces droits et de ces devoirs, à cause de l'habitude des testateurs allemands, de donner des lignes de direction précises pour l'exécution de leurs dernières volontés.

Mais il peut arriver que le testateur n'ait pas fait connaître de cette façon sa volonté, ou n'ait donné que des indications incomplètes. Il faudra créer pour ces cas des types légaux. Dans ces contenus types de volonté, on n'admettra naturellement que des dispositions qui se répètent souvent dans la pratique, et qui sont capables de satisfaire un grand nombre d'intérêts. Mais des intérêts particuliers, des désirs différents des désirs ordinaires d'un testateur peuvent être dignes également de la protection des lois. Or les motifs posent comme règle (1) que le testateur ne peut étendre les droits de l'exécuteur au-delà du cercle de puissance accordé à ce dernier par la loi ; et le premier projet n'apporte à cette règle qu'une exception : si le testateur a institué plusieurs héritiers, il peut ordonner le partage par l'exécuteur entre les cohéritiers. Hartmann cite alors des dispositions de dernière volonté de nature spéciale qui seraient interdites par le système sévère du premier projet et conclut en disant qu'il faut permettre, par dernière volonté, une extension de la puissance de l'exécuteur au-delà des bornes imposées au type à

(1) M., 5, p. 241.

définir légalement. Toutefois, ces extensions ne pourraient se produire que dans des limites maxima déterminées.

Hartmann revient enfin sur l'idée qu'il faut établir deux formes pour le type légal d'exécuteur, comme le faisait la législation antérieure. Ces deux types correspondraient aussi aux dispositions de la généralité des législations récentes et aux besoins généralement ressentis dans la pratique. En cas de doute, on admettrait la forme à pouvoirs restreints (toutefois, Hartmann reconnaît que l'emploi des expressions : *überwachend* et *verwaltend*, ne se recommande pas ; car on ne peut réduire la forme même la plus faible à une simple mesure de surveillance.)

Quel a été le résultat de toutes ces objections ? La deuxième commission a reconnu que l'on a beaucoup critiqué le premier projet, parce qu'il n'instituait qu'un type légal unique, alors que beaucoup voulaient distinguer entre les cas où l'exécuteur n'a à exercer qu'une surveillance, et ceux dans lesquels il est chargé de l'administration de la succession pour arriver à l'exécution de la dernière volonté. Mais malgré ces reproches, elle ne fit pas revivre cette ancienne distinction (voir p. 267). Elle considéra que le projet ne méconnaissait pas que la situation juridique de l'exécuteur pût être différente selon les cas, mais qu'il partait de cette idée que la plupart du temps, l'exécuteur est appelé à exécuter la dernière volonté du défunt ; que d'ailleurs il tenait compte des cas où son action se réduit à une simple surveillance, en déclarant dans l'art. 1905 que les prescriptions relatives aux droits de l'exécuteur ne s'appliquent pas, lorsqu'il résulte clairement de la volonté du testa-

teur, que tel ou tel droit ne doit pas appartenir à l'exécuteur. Aussi un projet, qui reconnaissait des exécuteurs surveillants et des exécuteurs chargés de l'administration, et qui, en cas de doute, leur accordait cette dernière, fut-il repoussé à la majorité.

On s'appuya sur les arguments suivants : cette distinction ne serait pas caractéristique, car l'exécuteur a l'administration, non pas comme devoir autonome, mais seulement comme moyen pour arriver à son but qui est l'exécution de la dernière volonté. Lorsque le testateur veut charger l'exécuteur de l'exécution complète de sa volonté, il entend lui donner aussi un plein droit d'administrer. Si, à l'inverse, il ne désire lui confier l'exécution que pour partie, il lui accordera les droits d'administration seulement dans la mesure nécessaire.

C'est pour ces raisons qu'il faut accorder la préférence au procédé du premier projet, qui attribue en principe à l'exécuteur, l'exécution de la dernière volonté et l'administration dans ce but, sauf au testateur à restreindre les droits de l'exécuteur à quelques objets isolés.

Si ce système du premier projet a survécu, malgré Hartmann, c'est qu'il ne mérite pas toutes les critiques qui lui ont été adressées. Une des principales objections d'Hartmann, c'est qu'il est très difficile au testateur, à moins qu'il ne soit un juriste, de préciser les droits qu'il veut enlever à l'exécuteur, si bien qu'il lui donnera souvent des droits plus étendus qu'il ne pensait. Et les difficultés croîtront, si, comme c'est l'usage, il a tracé un petit programme à son exécuteur ; on ne saura pas s'il faut accorder à ce dernier tous les droits dont ne parle pas le testament. On court donc le danger de voir le cer-

cle des pouvoirs de l'exécuteur plus largement tracé que ne le voulait le testateur. Mais ce danger a été exagéré par Hartmann, car il n'y a pas besoin, pour l'exclusion de tel ou tel droit, d'une déclaration expresse du testateur, il suffit que sa volonté apparaisse d'une manière quelconque ; et la suppression d'un droit pourra résulter de l'interprétation. Les motifs sont très nets sur ce point (1). Les textes des art. 1905 du premier projet et 2208 actuel fortifient d'ailleurs cette opinion. Et spécialement pour le cas où un programme aura été tracé, il sera très facile de connaître les droits que le testateur a entendu enlever à l'exécuteur.

Pour éviter les inconvénients qu'il signalait, Hartmann demandait que les droits et devoirs de l'exécuteur fussent déterminés en première ligne par la volonté du testateur, qui pourrait étendre les pouvoirs de l'exécuteur au-delà du cercle légal, mais à l'intérieur de limites maxima. Sur ce point encore, le code ne lui a pas donné satisfaction par une décision expresse.

Mais en fait, son désir a été rempli et il l'était déjà quoique dans une moindre mesure, sous le premier projet. Il est vrai que sous l'empire du code, le besoin d'accorder au testateur le droit en question, se fait moins sentir que si le premier projet était entré en vigueur. (Pourtant, l'art. 1905 de ce dernier n'excluait pas une extension résultant d'une charge autonome imposée à l'exécuteur et admissible d'après les principes généraux (2). Le code a considérablement étendu les pouvoirs de l'exécuteur, notamment en ce qui concerne le

(1) M. 5, p. 241 ; voir aussi PLANCK, généralités.

(2) M. t. V, p. 211.

droit de disposition et le droit de défendre aux procès, et surtout il lui a fait une situation indépendante, en supprimant le droit d'opposition de l'héritier. Il est donc moins nécessaire de permettre au testateur d'augmenter encore les attributions de son homme de confiance; cependant une proposition fut faite à la deuxième Commission (1), tendant à lui reconnaître le droit d'étendre les pouvoirs de l'exécuteur. Cet amendement fut repoussé (2) comme contraire au principe exprimé dans les motifs, que le testateur ne peut étendre les droits de l'exécuteur au-delà des limites légales. On considéra que l'amendement contenait un principe élémentaire (qui rentre d'ailleurs dans l'esprit du premier projet: voir ci-dessus), en accordant au testateur le droit d'étendre les pouvoirs de l'exécuteur, à l'intérieur des limites tracées d'une façon générale à sa liberté de tester, au-delà du cercle déterminé par la loi. Car le testateur peut transmettre à l'exécuteur tous les droits qu'il peut conférer à une personne quelconque. Mais le projet se trompe lorsqu'il déclare les pouvoirs de l'exécuteur susceptibles d'extension au delà de cette limite. Les droits que le testateur ne peut concéder à un tiers ne pourront pas non plus être transmis par lui à l'exécuteur. Le testateur pourra donc accorder à l'exécuteur des droits qui ne sont pas désignés spécialement dans notre titre. Dans les limites de sa liberté de tester, il pourra étendre le cercle d'action de l'exécuteur par quelque disposition de dernière volonté, dont ce dernier aura à surveiller ou à assurer l'exécution. Il peut

(1) K. P. p. 303.

(2) K. P. p. 308-309.

aussi transmettre, pour les posséder en droit propre, tous les pouvoirs qu'il peut conférer à un tiers d'après des prescriptions spéciales, (2048 deuxième proposition ; 2151, 2153, 2156, 2193). Mais le testateur ne peut donner aucun droit en plus à l'exécuteur ; par exemple, serait nulle une disposition de dernière volonté qui autoriserait l'exécuteur à disposer à titre gratuit d'une façon illimitée (1). Dans ces conditions il n'y a vraiment pas besoin de réclamer une nouvelle extension des droits de l'exécuteur par la volonté du testateur, et ce besoin se faisait même peu sentir sous le premier projet, puisque le testateur pouvait déjà donner à l'exécuteur les droits qu'il pouvait accorder à un tiers.

Donc, quoique la loi soit muette sur ce point, le testateur peut étendre dans un certain sens les pouvoirs de l'exécuteur au delà des limites légales. (Le code lui-même prévoit des extensions que nous étudierons plus loin, art. 2209.) A l'inverse, d'après l'art. 2208, il peut les restreindre dans une large mesure.

Les droits indiqués par notre titre et la liberté de tester ordinaire embrassent un champ tel qu'il est difficile de prévoir des cas où un testateur ne pourra pas arriver à assurer l'exécution de sa dernière volonté. Comme, d'autre part, les règles édictées par le code, relativement à l'exécution, ne s'appliquent qu'à défaut de dispositions du testateur, on peut dire aujourd'hui, comme autrefois, qu'il faut s'en tenir en premier lieu à la volonté du défunt pour apprécier l'étendue des pouvoirs de l'exécuteur (2). Cette volonté n'a été ni amoin-

(1) VOIR PLANCK SUR 2208, n° 3 ; *Seckt*, p. 47-48.

(2) BAIER. Ldr., Th.III, Kap.2, § 18, n° 1. Vor allem soll man sich an den von dem Verstorbenen selbst vorgeschriebenen Modum exe-

drie ni reléguée au second rang par la réglementation du code.

Après avoir comparé notre exécuteur avec ceux de l'ancien Droit, il nous reste à voir quelles différences le séparent de celui du premier projet. Elles sont énormes. Nous connaissons la situation dépendante de l'exécuteur représentant légal de l'héritier et les entraves dans lesquelles il avait peine à se mouvoir. La dèxième commission l'a affranchi de ses liens; elle a exposé sa manière de voir dans la discussion relative au droit de disposition de l'exécuteur. Le premier projet ne reconnaissait à ce dernier le droit de disposer que pour des causes déterminées, art. 1900. La deuxième commission le lui accorda d'une façon illimitée, au moins en ce qui concerne les dispositions à titre onéreux, et en s'appuyant sur des arguments d'une portée générale. « Le développement historique de l'institution, expliquent les procès-verbaux (1), force à étendre la situation juridique de l'homme de confiance du défunt plutôt qu'à la restreindre.

quendi halten, und ohne Worwissen der Obrigkeit und ohne einhellige Bewilligung sämmtlicher Interessenten nicht davon abgehen.— Hess Entw. art. 209. Der Umfang der Rechte und Verpflichtungen des Vollziehers richtet sich nach dem, was der Erblasser innerhalb der Grenze seiner Befugnisse darüber in seinem letzten Willen bestimmt hat.

Preuss. A. Lr., § 558. Hat der Erblasser Jemandem die Vollziehung seines letzten Willens aufgetragen, so ist derselbe als ein Bevollmächtigter des Erblassers, und die letztwillige Verordnung selbst als seine Vollmacht und Instruktion anzusehen. GRUCHOT, p. 220 s. ROTH, p. 805. — MÆVIUS écrivait déjà : « potestas executorum dependet ex testamento, cujus tenor ante omnia inspicendus est.

(1) K. P., 5, p. 280 281.

L'exécuteur est né de l'institution de l'ancien droit germanique du Treuhänder et du Salmann. Primitivement, on admit comme conséquence de cette origine, qu'il acquérait la propriété des objets appartenant à la masse de la succession, et qu'il y renonçait, lorsque l'exécution de la dernière volonté le rendait nécessaire. Peu à peu, on se rendit compte qu'il était contraire à la volonté du testateur de faire de l'exécuteur un propriétaire. Seulement, en s'efforçant d'éviter l'ancienne erreur, les droits particuliers allemands sont souvent tombés dans un excès contraire, et ont par trop restreint la situation juridique de l'exécuteur. Le premier projet lui-même a suivi ce mouvement rétrograde. Mais au moment d'édicter de nouvelles dispositions, il importe de les rattacher au développement historique et d'assurer à l'exécuteur une situation libre, qui corresponde aussi bien au but de sa charge qu'à la volonté présumée du testateur. Ce dernier nomme un exécuteur afin que sa dernière volonté parvienne à être exécutée. Il veut que son homme de confiance soit autorisé, dans la mesure où cela est nécessaire, à disposer librement de la succession. En considération des besoins économiques, il faut renoncer à accorder un droit de disposer pour certaines causes seulement. On ne peut faire autrement qu'assurer à l'exécuteur un droit de disposition absolument libre, puisque toute limite fait courir le risque de rendre beaucoup plus difficile l'exécution de la dernière volonté, but de l'exécuteur...» Ces déclarations faites, la deuxième Commission repoussa un projet qui voulait établir une analogie entre la situation de l'exécuteur et celle du mari à l'égard des biens de sa femme ; il faut protéger la

femme, qui souvent ne choisit pas son mari à cause de ses capacités économiques, en limitant le droit de disposer de ce dernier. Le testateur, au contraire, base exclusivement son choix sur les talents d'administrateur de la personne qu'il a en vue et sur les garanties qu'elle présente. En raison de la confiance qu'il a en elle, il veut lui assurer un droit de disposition illimité, car une restriction quelconque serait en contradiction avec la situation de confiance que l'exécuteur doit avoir d'après la volonté du testateur... Pour les mêmes raisons, la deuxième Commission n'admit pas un rapprochement entre l'exécuteur et la substitution ordinaire, car les restrictions que l'on impose au grevé ont pour cause une certaine défiance du testateur. Un rapprochement avec la substitution de residuo conviendrait plutôt.

Partant de ces idées d'autonomie et de confiance, le code a fait à l'exécuteur une situation beaucoup plus indépendante que le premier projet. Il a supprimé le droit d'opposition de l'héritier, il a permis à l'exécuteur de disposer sans limites à titre onéreux, de défendre aux procès, etc. Mais il n'a posé que des règles de détail, il n'a pas défini la situation juridique de l'exécuteur, il n'a pas donné un principe directeur auquel se rattachent tous ses droits et devoirs. Aussi ne pourrions-nous nous faire une idée générale de sa situation qu'après avoir étudié en détail ses obligations et ses pouvoirs ; contentons-nous de retenir pour le moment qu'elle est libre et indépendante.

SECTION I

DEVOIRS ESSENTIELS DE L'EXÉCUTEUR

CHAPITRE PREMIER

Exécution de la dernière volonté

L'art. 2203 dispose que l'exécuteur doit exécuter les dispositions de dernière volonté du testateur. Pour qu'il puisse remplir cette obligation, il faut tout d'abord connaître exactement cette dernière volonté, sur l'interprétation de laquelle peuvent se produire des difficultés. Le très ancien droit donnait à l'exécuteur, à cause de sa situation, le pouvoir d'interpréter le testament (1). Cette doctrine, admise par le pruss. A. Ldr. n'a pas été conservée par les droits particuliers (2). Il

(1) LAUTERBACH, HELLFELD, etc.

(2) BAIER. LDR. Th. III, Kap. 2, § 18, n^{os} 9 et 10. Der Executor soll auch in andern wichtigeren Dingen die Erbs-Interessenten nicht übergehen; immassen, wenn sich eine Zwietracht hierüber ergiebt, die Obrigkeit den Auschlag ex æquo et bono zu geben hat, indem der Executor selbst als Executor keine Jurisdiction gaudirt.

BAMBERGSCHES LDR. von 1769. Th. 1. Anh 1. *tit.* 3 § 8. Ein solcher vom Testirer selbst ernannt Privatexecutor... kan sich aber in jene Dinge, wozu das Obrigkeitliche Ansehen, oder bey denen wischen Erben unter sich, oder mit dem Dritten der Erbschaft

fallait recourir à une décision judiciaire, si le testateur n'avait pas accordé à son exécuteur les pouvoirs d'un juge arbitre, ce qui était licite, relativement à l'interprétation.

Le code, en union avec la théorie dominante, ne donne pas à l'exécuteur le droit d'interprétation, mais le testateur peut, comme auparavant, autoriser son homme de confiance à décider sur les passages douteux du testament. La décision ainsi rendue liera tous les intéressés.

La volonté du testateur une fois connue, l'exécuteur n'est plus seulement un surveillant, il a une certaine activité à déployer, sauf si, d'après cette volonté, il ne doit pas accomplir lui-même tout ou partie des dernières dispositions. Dans ce cas, il réclamera l'exécution au grevé ou à l'héritier.

Actuellement, il ne sera plus entravé dans l'exécution de la dernière volonté. Le premier projet permettait à l'héritier, bien que le testateur n'eût pas pris de dispo-

halber entstehenden Streitigkeiten die Richterliche Erkenntnuss und Zwang vonnöthen ist, nicht einmischen, sondern solle eines mit dem andern dem Vogtey-Herrn des Sterb-Hausses überlassen. — Pourtant, ce droit ne semble pas permettre au testateur d'accorder à son exécuteur les pouvoirs de juge arbitre, § 9. Welches dann auch auf jenen Fall statt hat, wann der Testirer die Entscheidung solcher Erb-Streitigkeiten dem Privat-Executor (worunter alle andere ausser der Vogteylichen Obrigkeit des Sterb-Hausses zu verstehen) ausdrücklich mit anvertrauet und übergeben hätte.

Preuss. A. Ldr. Wenn über den Sinn einer Verordnung des Erblassers zwischen dem Testamentsvollzieher und dem Erben gestritten wird, so gebührt, im zweifelhaften Falle, der Meinung des Ersteren der Vorzug. — ROTH, p. 810, note 45, pense que cette disposition signifie simplement que le juge, lorsqu'il a lui-même des doutes, doit donner la préférence à l'opinion de l'exécuteur.

Voir également ROTH, p. 810-811 ; GRUCHOT, p. 236 s.

sitions restreignant les droits d'exécution de sa personne de confiance, de s'opposer à l'accomplissement d'un legs, d'une charge, etc., jusqu'à ce que lui, héritier, fût condamné, à la demande d'une personne autre que l'exécuteur, à laisser exécuter. Nous ne reviendrons pas sur ce pouvoir d'opposition que nous avons déjà examiné en détail, et qui appartenait à l'héritier considéré comme *Geschäftshew*. D'après le code au contraire, l'exécuteur, lorsque ses pouvoirs ne sont pas restreints par une disposition du testateur, est autorisé à exécuter la dernière volonté, malgré et contre l'héritier. La théorie du premier projet a été condamnée par la suppression, dans les travaux de la deuxième commission du § 2 de l'art. 1897, que nous connaissons déjà. La commission s'appuya sur les arguments suivants : il ne correspond nullement à la situation juridique de l'exécuteur que l'héritier soit en mesure, par sa simple opposition au paiement des legs, d'empêcher ou tout au moins de retarder l'exécution de la dernière volonté. L'explication des motifs (1), d'après lesquels ce droit doit appartenir à l'héritier comme représenté, n'est pas concluante. L'exécuteur n'est pas un mandataire de l'héritier au sens habituel du mot. Il doit agir d'après la volonté présumée du testateur comme un héritier consciencieux et intelligent agirait dans le cas donné. Il doit, lorsqu'un héritier intelligent paierait le legs, avoir le droit de le payer, malgré l'opposition de l'héritier. Mais s'il n'agit pas comme représentant de l'héritier, au sens étroit du mot, ce dernier est pourtant obligé par ses actes et la *condictio* lui appartient natu-

(1) M. 5, p. 227.

rellement, dans les conditions mêmes où l'exécuteur l'aurait.

Maintenant, pour protéger l'héritier contre le danger d'être réduit, vis-à-vis du légataire, à une action incertaine d'enrichissement sans cause, il faut sans contre-dit lui donner un moyen préventif d'empêcher le paiement. On le lui assurera par la Feststellungsklage. Il pourra faire établir par jugement, contre l'exécuteur, que le paiement du legs n'est pas justifié... à côté de l'action préjudicielle, appartient aussi à l'héritier une action directe en abstention de l'accomplissement d'un legs. Ce droit résulte des principes généraux, et il n'existe aucun besoin pratique de le mentionner spécialement dans la loi ; il vaut mieux ne pas pousser, par une prescription spéciale, l'héritier sur la voie des procès.

Il résulte de même, des principes généraux, que l'exécuteur est autorisé à contraindre, par la voie de la Feststellungsklage, l'héritier contestant à l'abandon de son opposition. L'exécuteur doit assurer la dernière volonté, dont le testateur désire ordinairement l'exécution immédiate, et il est responsable d'un autre côté, envers l'héritier, de ses actes. S'il paie un legs malgré l'opposition de ce dernier, il assume la responsabilité d'un recours pour le cas où une faute doit lui être imputée. Il a donc un intérêt juridique à faire établir immédiatement que l'opposition de l'héritier n'est pas fondée, parce qu'il force par cela le successeur à faire connaître les motifs de son opposition et qu'il est mis en état de provoquer une décision judiciaire sur la valeur de ces motifs (1).

(1) R. P., p. 269 s.

En résumé, les choses vont se passer de la façon suivante. Supposons que l'exécuteur ait à payer un legs, il examinera, comme un héritier consciencieux, s'il doit exécuter ce legs comme valable ; il apportera à son examen encore plus de soin si l'héritier s'oppose au paiement. Cette opposition ne l'arrête plus comme autrefois ; mais si la question est douteuse, il agira par voie de Feststellungsklage contre l'héritier ; il a toujours un intérêt juridique à agir par voie d'action, parce que d'un côté, il doit exécuter sans retard les dispositions du testateur et peut être assigné en exécution de ce devoir, et que d'un autre, il est responsable, vis-à-vis de l'héritier, du dommage qu'il lui cause en exécutant une disposition nulle. L'héritier peut aussi avoir parfois un intérêt à agir par Feststellungsklage pour éviter l'exécution d'une disposition nulle ; mais si on lui accordait ce droit sans restriction, l'exécuteur pourrait être continuellement empêché d'exécuter la dernière volonté (1), par une action non fondée. Aussi, doit-on admettre qu'il faudra examiner soigneusement dans chaque cas si l'héritier a un intérêt à intenter immédiatement son action. Au cas où l'exécution d'une disposition douteuse va être commencée à bref délai par l'exécuteur, ou est déjà commencée, l'héritier pourra agir en abstention de l'accomplissement de cette disposition contre l'exécuteur (2).

Reste une dernière question à étudier sur l'exécution de la volonté. L'exécuteur doit-il, avant d'accomplir un legs ou une charge, avertir le grevé ? La deuxième

(1) STURM. *Op. cit.*, p. 69-70.

(2) Voir PLANCK, sur 2203.

commission a commencé la discussion de cette question, après avoir décidé la suppression du § 2 de l'article 1897. Certains projets voulaient imposer cette obligation à l'exécuteur purement et simplement, d'autres n'exigeaient de notification que lorsqu'elle était possible sans frais élevés et sans ajournement considérable. Ces projets ne rencontrèrent d'abord que peu de partisans; on fit remarquer que ce devoir était étranger au droit en vigueur, et qu'on ne pouvait l'expliquer que par une idée de méfiance à l'égard de l'exécuteur, dont il rendrait les fonctions plus difficiles. D'autre part, on fit valoir que si l'exécuteur, dans un cas donné, gérant consciencieusement, a des doutes sur le paiement d'un legs, il va de soi qu'il s'entendra, avant l'exécution, avec l'héritier. Si d'après les circonstances connues, ou qui devraient être connues de l'exécuteur, aucun doute ne s'élève sur le bien fondé du paiement d'un legs, c'est l'affaire de l'héritier, s'il connaît des empêchements, d'en aviser l'exécuteur. Le devoir de notification résulte déjà, lorsqu'il se justifie, de la situation juridique générale de l'exécuteur, mais il ne se justifie pas dans tous les cas.

Cependant, l'opinion opposée finit par triompher; on considéra que la nomination d'un exécuteur ne doit contenir aucune idée de méfiance à l'égard de l'héritier. L'exécuteur doit être aussi le conseiller de l'héritier, entre eux doit régner une confiance entière et réciproque. En raison de ces rapports, l'exécuteur ne doit pas remplir un legs sans s'être mis auparavant d'accord avec l'héritier. Point n'est besoin d'une notification formelle, une conférence occasionnelle suffira. Cette notification est même prescrite dans l'intérêt de

l'exécuteur, parce qu'il est responsable, vis-à-vis de l'héritier, de sa gestion; par suite, il sera tout à son avantage d'agir autant que possible, d'accord avec l'héritier (1).

Mais lorsqu'on arriva à discuter le devoir imposé par le § 2 de 1899, à l'exécuteur, de prévenir l'héritier du paiement qu'il va effectuer, d'une obligation de la succession qui n'est pas née d'une charge ou d'un legs, on fut d'accord pour supprimer ce devoir; on se contenta d'obliger l'exécuteur à fournir des explications lorsque l'héritier lui en demanderait (2).

A la suite de cette décision, on revint sur la solution précédemment donnée en ce qui concerne les legs et charges, quoique certains fissent remarquer que dans l'accomplissement des legs et des charges, il se rencontrait beaucoup plus souvent des questions importantes ou douteuses que dans le paiement d'obligations de la succession appartenant à l'administration courante, qu'il s'agissait généralement aussi d'objets plus élevés, et que les différences justifiaient des réglementations opposées.

Malgré ces objections, la majorité fut d'avis qu'on ne pouvait pas donner de solutions contraires et qu'on devait traiter l'exécution des legs et charges comme le paiement des obligations, c'est-à-dire que l'exécuteur aurait à fournir dans les deux cas des renseignements détaillés, sur la demande de l'héritier.

Il convient de remarquer que ce devoir de fournir des renseignements ne s'étend pas seulement aux actes

(1) K. P. 5, p. 270-271.

(2) K. P. 5, p. 281.

d'administration accomplis, mais aussi à ceux à accomplir. La deuxième commission le reconnaît formellement (1).

CHAPITRE II

Partage entre les cohéritiers.

L'art. 2204 est ainsi conçu : « Lorsqu'il y a plusieurs héritiers, l'exécuteur doit effectuer le partage entre eux, conformément aux art. 2042 à 2056. Il doit entendre les héritiers avant l'exécution, sur le plan du partage. » Cet article indique en premier lieu que le partage appartient aux devoirs réguliers de l'exécuteur ; en second lieu il réglemente la façon de l'effectuer, et troisièmement enfin, il prend des mesures pour sauvegarder les droits des cohéritiers.

Ce ne fut pas sans peine que l'on arriva à la rédaction définitive de cet article. Il fallut supprimer de nombreuses dispositions au long art. 1898 du premier projet et bouleverser les autres. Cet art. 1898, dans son § 1, n'accordait le partage à l'exécuteur que dans des cas déterminés : 1^o lorsque le testateur en avait ainsi décidé ; 2^o lorsqu'il avait pris des dispositions spéciales se rapportant au partage. Le premier projet concordait, d'après lui-même, en cela avec le droit antérieur (2). Il estimait que le simple fait d'être nommé exécuteur

(1) K. P., p. 315. Voir aussi les art. 2218 et 666.

(2) Voir КОЧ. *Op. cit.*, p. 368-369.

n'entraînait pas comme conséquence le droit de procéder au partage.

Les motifs déclarent, à ce sujet (1), que l'on ne doit pas présumer que le *de cujus* ait voulu transmettre ce pouvoir à l'exécuteur, lorsqu'il s'en est simplement tenu, par son silence, aux prescriptions légales et qu'une interprétation extensive ne trouve pas un appui suffisant dans le droit en vigueur (2). C'est pourquoi le premier projet exige, pour la concession de ce droit, un ordre formel du testateur. Il rapproche de ce cas celui où le *de cujus* a pris des dispositions relatives au partage : l'exécution de ces dispositions rentrant dans l'exécution du testament, on doit admettre, dans cette hypothèse, que le défunt a voulu transmettre à l'exécuteur le droit d'entreprendre le partage.

Cette opinion du premier projet fut repoussée par la deuxième commission (3). La majorité fut d'avis que le partage par l'exécuteur correspondait à la volonté présumée du testateur, et le § 1 de l'art. 1898 fut remplacé par la disposition qui est devenue le § 1 de l'art 2204 actuel (4).

Cette première question tranchée, il fallut ensuite résoudre celle de savoir d'après quels principes le partage doit être effectué. Le premier projet décidait, dans le § 2 de l'art. 2198, que l'exécuteur devait le réaliser d'après les règles des art. 2151 à 2164, et il lui donnait

(1) M. 5, p. 228.

(2) Voir pourtant ROTH. *Op. cit.*, p. 809-810.

(3) K. P., 5, p. 272.

(4) Sur la nécessité d'accorder à l'exécuteur le pouvoir d'effectuer le partage, voir GOLDFELD, *op. cit.*, p. 99-100 et CUNY, VERH, 1, p. 49.

le pouvoir de transmettre, à chaque cohéritier, les objets de la succession, qui devaient, d'après ses propres dispositions, lui être remis par les autres cohéritiers. Les motifs remarquent (1), au sujet de ce dernier droit, que l'exécuteur peut organiser le partage avec un effet obligatoire pour les intéressés, c'est-à-dire de façon que ces derniers soient liés par ses dispositions, comme s'ils s'étaient mis d'accord sur son contenu. La reconnaissance à l'exécuteur du pouvoir d'opérer les actes de transmission servant à remplir l'obligation d'un cohéritier vis-à-vis d'un autre, est d'importance considérable, mais elle correspond à la volonté présumée du défunt et permet de procéder au partage d'une façon simple et conforme au but poursuivi.

L'article 2204 a conservé la première partie de cet article en disposant que l'exécuteur doit effectuer le partage conformément aux art. 2042 à 2056. Cette partie de l'art. 2204 a soulevé, dans la deuxième commission, de vives discussions. Certains projets admettaient que le testateur, lorsqu'il n'avait pas pris de disposition spéciale, avait voulu laisser les arrangements du partage au jugement équitable de l'exécuteur. A l'appui de ces projets, on fit valoir que lorsque les cohéritiers n'arrivent pas à s'accorder sur le mode de partage et qu'un exécuteur est nommé, ce dernier ne peut pas se comporter comme si aucun exécuteur n'était désigné. Il doit donc entreprendre le partage, d'après son avis raisonnable, parce que c'est la seule façon d'arriver à appliquer exactement la volonté du testateur.

(1) M., 5, p. 229.

Mais la majorité fut d'un avis contraire ; elle estima que lorsque le défunt a nommé un exécuteur sans prendre de détermination sur la façon dont aurait lieu le partage, sa volonté tend ouvertement à ce que chaque héritier obtienne ce qui lui revient de droit d'après les principes de la loi relatifs au partage. S'il voulait laisser les dispositions du partage à l'avis équitable de l'exécuteur, il devait le décider spécialement ; on ne peut regarder ce devoir comme allant de soi. Mais, même au cas d'une disposition expresse du testateur, l'avis équitable de l'exécuteur trouve sa limite dans l'union de volonté des héritiers ; il ne décide que lorsque l'accord n'a pas pu se former entre les héritiers (1). Le droit du testateur de laisser le partage à la décision de l'exécuteur est reconnu par l'art. 2048 : le testateur peut prendre par dernière volonté des dispositions sur le partage ; il peut spécialement ordonner que ce dernier aura lieu d'après l'avis équitable d'un tiers. La décision prise par le tiers sur le fondement de cette disposition n'est pas obligatoire pour les héritiers, lorsqu'elle est manifestement contraire à l'équité ; une décision est rendue dans ce cas par jugement. »

Si le testateur a gardé le silence, l'exécuteur devra appliquer les règles contenues dans les art. 2042 à 2056, autres que celles de l'art. 2048. Mais encore une dérogation aux prescriptions légales sur le partage, sera-t-elle possible, si tous les héritiers sont d'accord pour cela avec l'exécuteur.

Le premier projet, pour faciliter le partage, autorisait l'exécuteur à transmettre à un cohéritier les objets

(1) K. P. 5 p. 273-274.

de la succession que les autres cohéritiers devaient lui remettre d'après ses dispositions, à lui exécuteur. Cette règle a disparu dans la rédaction définitive. Pourtant, dans la délibération de la deuxième Commission, certains projets essayèrent de la maintenir. On fit valoir qu'il fallait mettre hors de doute, par une prescription spéciale, que l'exécuteur doit opérer dans tous les cas la transmission des objets de la succession. Mais la majorité fut d'avis de supprimer cette partie du paragraphe 1898, sous prétexte qu'on ne pourrait méconnaître que ce droit de l'exécuteur se présente simplement comme une conséquence de son droit de partage.

Quant à l'obligation de l'exécuteur édictée par 2204 § 2, d'entendre les héritiers avant l'exécution, sur le plan de partage, elle est la seule trace laissée dans le texte actuel par les quatre derniers paragraphes de 1898. Le § 3 obligeait l'exécuteur à communiquer, avant de les exécuter, ses dispositions concernant le partage, aux héritiers, et à fixer à ces derniers un délai convenable pour leur permettre de former opposition. Il ne pouvait exécuter ses dispositions que lorsque le délai s'était écoulé sans dénonciation d'opposition, ou lorsque l'opposition, élevée à temps, était vidée. Le but de la loi était d'éviter que les intéressés fussent lésés (1).

Le § 4 décidait qu'une action ayant pour but de faire vider une opposition ne pouvait être intentée que par les héritiers l'un contre l'autre, mais pas par l'exécuteur ni contre lui.

Le § 5 déterminait les cas dans lesquels une opposi-

(1) M. 5 p. 230.

tion à une disposition de l'exécuteur était fondée. Elle ne l'était que lorsque cette dernière était contraire à une disposition du testateur ou à une prescription légale, ou à l'équité, quand l'exécuteur pouvait agir d'après son opinion équitable.

Le § 6 décidait que le droit de faire valoir une opposition n'était pas exclu par l'exécution d'une disposition, même si cette disposition avait eu lieu après l'expiration du délai indiqué dans le § 4. Mais, le partage étant exécuté, on ne pouvait plus faire valoir l'opposition que par la voie de la *condictio*.

Le pouvoir exorbitant conféré à l'héritier par le § 3 était une aggravation de son droit d'opposition. Dans la deuxième Commission, des opinions contradictoires furent émises sur le point de savoir si l'exécuteur, bien qu'une opposition fût formée par quelques héritiers, devait exécuter le plan de partage ou si l'on ne devait pas d'abord donner aux héritiers contestants l'occasion de faire reconnaître le bien-fondé de leur contestation, par une action à élever dans un délai déterminé. On fit valoir, en faveur de cette dernière opinion, que la multiplicité des rapports entre cohéritiers était difficile à régler convenablement et qu'on pouvait très facilement les apprécier d'une façon erronée. Si le plan était exécuté, l'héritier lésé était réduit à des recours incertains contre l'exécuteur ou à des *condictiones* contre ses cohéritiers. Il ne suffisait pas, pour protéger les héritiers contre ce danger, de leur communiquer le plan avant l'exécution, si on n'attachait aucun effet suspensif à leur contestation.

Mais la majorité repoussa ce projet qui obligeait l'exécuteur à renoncer à l'exécution du plan de partage jus-

qu'à la solution de l'opposition. Elle considéra que lorsque la contestation élevée par un héritier se trouve fondée dans une certaine mesure, un exécuteur intelligent est conduit à renoncer à l'exécution du plan de partage dans la forme communiquée. La crainte d'un recours éventuel l'empêchera de traiter à la légère une contestation, et il y a là une protection suffisante pour l'héritier. D'un autre côté, la situation autoritaire de l'exécuteur, ni les intérêts des cohéritiers ne souffrent qu'un héritier isolé soit en état d'empêcher, ou au moins de retarder, l'accomplissement du partage par une opposition peut-être sans motifs. Le triomphe de cette opinion entraîna la suppression des §§ 4, 5 et 6 réglementant le droit d'opposition de l'héritier, et on remplaça les quatre derniers §§ de 1898 par l'obligation, pour l'exécuteur, d'entendre avant l'exécution les héritiers sur le plan de partage, pour leur permettre de formuler leurs désirs ou leurs objections.

Par la suppression du droit d'opposition un peu spécial de l'article 1898, tout droit de ce genre fut définitivement refusé à l'héritier, puisque, dans la discussion de 1897, la 2^e Commission lui avait déjà enlevé le droit d'opposition que lui reconnaissait cet article, auquel renvoyaient tous les §§ qui faisaient des applications de ce droit.

SECTION II

DROITS ACCESSOIRES DE L'EXÉCUTEUR. — ADMINISTRATION DE LA SUCCESSION ET DROITS QUI EN DÉCOULENT

§ I. — **Droit d'administration.**

Les droits que nous allons étudier n'ont pas du tout le même caractère que les devoirs (qui sont en même temps des droits) d'exécuter la dernière volonté et de procéder au partage. Ces derniers étaient donnés à l'exécuteur à titre autonome, tandis que l'administration et les droits qui en découlent ne lui sont accordés que pour lui permettre de réaliser ces devoirs propres.

La 2^e Commission a fait ressortir à maintes reprises, dans ses délibérations, ce caractère de subordination du droit d'administration. Lorsqu'elle repoussa les projets qui voulaient établir deux classes d'exécuteurs, les uns surveillant, les autres chargés de l'administration, elle fonda sa décision sur cette considération que l'exécuteur n'a pas l'administration comme un devoir autonome, mais seulement comme un moyen d'exécuter la dernière volonté (1).

Plus tard, lors de l'examen de l'article 1899 (2205 ac-

(1) K. P., 5, p. 268.

tuel), qui donne à l'exécuteur le droit d'administration, elle fit remarquer que ce droit ne peut pas être placé sur le même rang que les droits de 1897 et 1898 (2203 et 2204 du code), car il n'est qu'un moyen destiné à rendre possible l'exécution des mesures prises dans ces articles (1).

Cette conception de l'administration est aussi celle du code. La preuve en est fournie par l'article 2209 qui permet au testateur de transmettre à l'exécuteur l'administration seule de la succession, à titre autonome sans lui imposer d'autre devoirs. Cette disposition spéciale fait ressortir, *a contrario*, qu'ordinairement l'administration n'est pas considérée comme un droit indépendant.

De ce que le droit d'administration ne se suffit pas à lui-même, il résulte que l'étendue des pouvoirs d'administration de l'exécuteur se détermine d'après l'étendue de ses devoirs propres, c'est-à-dire qu'elle est fixée en premier lieu par la volonté du testateur, et en second lieu par ses devoirs légaux. Voyons maintenant de quelle façon le code a réglementé l'administration de l'exécuteur. Il lui permet de prendre la succession en possession, et de disposer des objets qui la composent, art. 2205; de contracter des obligations pour la succession, lorsque cela est nécessaire à une administration régulière, art. 2206; et même d'une façon illimitée, lorsque le testateur en a disposé ainsi, art. 2207. Mais cette énumération n'est pas limitative; d'une façon générale, l'exécuteur aura à rassembler les divers éléments de la succession, notamment en faisant rentrer les créances, en réalisant les droits

(1) K. P., 5, p. 277.

et en payant les obligations de cette dernière, dans la mesure ou une administration régulière l'exige...

§ II. — Prise de possession.

Comme première conséquence de son droit d'administration, l'exécuteur « est spécialement autorisé à prendre la succession en possession et à disposer des objets qui la composent » (art. 2205, 2^e proposition). Avant le code, ce pouvoir était déjà reconnu à l'exécuteur (1). Le premier projet le lui accordait aussi (art. 1899). Mais il admettait qu'il possédait au nom de l'héritier. Sous le code, cette opinion est inexacte, l'exécuteur possède pour son compte, et a une possession juridique complète. Toutefois cette dernière ne lui est pas transmise d'office; lorsque l'héritier n'a pas encore pris possession de la succession, il n'y a pas de difficultés, l'exécuteur a le droit de se mettre lui-même en possession; mais dans le cas contraire, il doit demander à l'héritier de le mettre en possession; au cas de refus il devra obtenir ce droit par voie d'action (2).

(1) Voir ROTH, *op. cit.* p. 806-807; GRUCHOT, *op. cit.*, p. 231. Nürnberg Reform., titre 22. Ges. 1, § 4. Die Executores sollen, so die Erben oder Inhaber der Güter verdecktig, oder sonst andere bewegliche Ursachen vorhanden, die Güter in ir verwarung und zu iren handen nemen.

FRENK. L. g. o. LXXI. 6. Sie sollen auch, da die Erben oder Inhaber der Güter argwöhnig oder verdächtigt oder sonst warum solches geschehen solle gute Ursachen und Bewegnussen hätten die Güter selbstem bewahren oder zu ihren Handen und Gewalt nehmen und wo sich die Erben oder Inhaber widersetzen von unserm Landrichter, Amtleuten, Vögten, Schultheisen und Gerichten ihnen zu einem solchen verholten werden.

(2) Voir PLANCK sur 2205.

§ 3. — Droit de disposition.

Avant le code, d'après la théorie généralement admise, l'exécuteur n'avait le droit d'aliéner les objets de la succession que lorsque l'aliénation était comprise de soi dans le droit d'administration ou lorsqu'elle était nécessaire (1). Certains droits subordonnaient même son pouvoir au consentement de l'héritier : comme par exemple *le hess. Entw.* qui motive ainsi cette mesure (sur l'art. 215) : lorsque l'exécuteur doit réaliser les dispositions de dernière volonté, il doit avoir aussi le droit de se procurer dans la succession les moyens utiles à cette réalisation. S'il manque de l'argent comptant indispensable, il doit pouvoir vendre, autant qu'il est nécessaire, des objets de la succession, d'abord les meubles et s'ils ne suffisent pas, des immeubles. Mais, comme il n'est pas propriétaire de la succession, il ne peut vendre lui-même, la vente ne peut être effectuée que par le propriétaire ou avec son consentement, ou, lorsque ce dernier est refusé sans droit, avec une autorisation de justice... Si le grevé fournit l'argent comptant nécessaire au paiement des legs et des charges

(1) BAIER. Ldr. Th. III. Kap. 2, § 18 n° 8 et 9. Dahingehen soller sich nicht nur aller eigenmächtigen Veräußerungen, soweit solche zur Entrichtung der Legaten oder sonst nicht unvermeidlich nothwendig, gänzlich enthalten, sonder auch in anderen wichtigeren Dingen die Erbesinteressenten nicht übergehen. *Frankf. Reformat.* Th. IV, tit. 11 § V. Wann auch die Notturfft erforderte, zu Entrichtung der Legaten etliche bewegliche oder unbewegliche Güter zu verkaufen : So sollen sie die Testamentarien, solchs allwegen mit Vorwissen und Bewilligung der Testamentserben thun.

l'aliénation doit demeurer suspendue, puisque sa raison d'être disparaît.

Le premier projet, influencé par la tradition, décidait dans son art. 1900, qu'en dehors des cas désignés dans les art. 1897 à 1899, l'exécuteur n'était autorisé à disposer des objets appartenant à la succession, que lorsque la disposition était nécessaire à une administration régulière ou à la création de moyens destinés à remplir une obligation de la succession. Les causes pour lesquelles l'exécuteur pouvait disposer étaient donc limitativement déterminées.

Mais dans les délibérations de la deuxième Commission, on fit remarquer que ce droit de disposer restreint à certains cas, enfermait l'exécuteur dans un cercle trop étroit et d'autre part, qu'il pouvait faire naître des difficultés dans les transactions : l'efficacité d'un acte de disposition pourrait être mise en doute sous le prétexte que l'acte en question n'était pas nécessaire à une administration régulière ou à la création de ressources destinées à remplir une obligation de la succession (1). Ces arguments triomphèrent du système du premier projet et on finit par adopter, parmi de nombreux projets, celui qui est devenu une partie de l'art. 2205 actuel. Cet article délivre l'exécuteur des entraves apportées à son droit de disposer par la législation antérieure et le premier projet ; il est ainsi conçu : « L'exécuteur est autorisé... à disposer des objets de la succession. » C'est l'affranchissement complet. La deuxième Commission est arrivée à ce résultat en prenant en considération l'histoire de notre institution et la situa-

(1) K. P. 5, p. 279.

tion libre qui doit appartenir à l'exécuteur (voir ses motifs reproduits à la fin de l'introduction à la III^e partie ci-dessus). Elle estima aussi que les héritiers sont protégés dans une certaine mesure par les règles du droit d'inventaire et du droit de réserve ainsi que par le droit pénal (1).

Ce droit s'étend à tous les objets de la succession, choses et droits (2).

Mais ce droit illimité de l'exécuteur ne concerne que les dispositions à titre onéreux. Relativement aux dispositions à titre gratuit, l'art. 2205 ajoute : L'exécuteur n'est autorisé à disposer à titre gratuit qu'autant que cela correspond à un devoir moral ou aux convenances et usages.» La deuxième Commission fit valoir à l'appui de cette règle l'argument suivant : le testateur ne pouvait pas avoir eu dans l'intention qu'il dût dépendre seulement du bon plaisir de l'exécuteur appelé que l'héritier conservât quelque chose de la succession (3).

§ IV. — Droit de l'exécuteur de recevoir le paiement des créances de la succession, de faire rentrer ces créances, et de payer les obligations de la succession.

L'art. 1899 § 1 *in fine* du premier projet permettait à l'exécuteur, dans les limites d'une administration régulière, d'encaisser les créances et de payer les dettes autres que celles nées d'une charge ou d'un legs, ainsi que de faire valoir tous les droits appartenant à la suc-

(1) K. P. 5, p. 282.

(2) Id., p. 527.

(3) Id., p. 279.

cession, spécialement par voie d'action. Le code ne parle pas de ces droits, reconnus déjà à l'exécuteur par la législation antérieure (1). A-t-il entendu les supprimer ? La deuxième Commission répond à cette question. Elle fut d'avis de rayer la fin du § 1 de l'art. 1899 seulement pour les raisons suivantes : cet article donne à l'exécuteur certains droits et devoirs qui apparaissent comme une émanation de son droit d'administration, mais il faut s'abstenir d'une semblable spécialisation de droits isolés, parce que ceux mentionnés dans l'art. 1899 rentrent déjà dans la conception de l'administration, conception que cette spécialisation risquerait d'obscurcir.

Le silence du code signifie donc simplement que les droits en question rentrent d'office dans l'administration de l'exécuteur. Un mot seulement sur l'étendue du droit de payer les obligations. La deuxième Commission s'est occupée de cette question à propos du point de savoir si l'exécuteur doit, avant de remplir une obligation de la succession, qui n'est pas née d'une charge ou d'un legs, prévenir l'héritier du paiement qu'il a l'intention de faire. Elle avait d'abord décidé, en ce qui concerne les charges et les legs, que l'exécuteur serait obligé d'indiquer à l'héritier l'accomplissement en perspective, toutefois sans notification formelle (3). Mais lorsqu'on vint à s'occuper des obligations qui ne sont pas nées d'un legs ou d'une charge, on supprima, en ce qui les concerne, le devoir de l'exé-

(1) BAIER. Ldr., Th. III, Kap. 2, § 18, n° 6. L'exécuteur doit : die vorhandenen liquiden und richtigen Erbschaftsschulden entrichten. ROGH. *Op. cit.*, p. 808. STOBBE. *Op. cit.*, p. 271 à 273.

(2) K. P. 5, p. 278.

(3) *Id.* p. 270.

cuteur de prévenir l'héritier de leur paiement ; on lui imposa seulement l'obligation de fournir à l'héritier des renseignements, sur l'état de l'administration, lorsque ce dernier en réclamerait. Nous avons déjà vu que cette règle a été étendue aux legs et aux charges. Mais ce qu'il y a d'intéressant à remarquer ici, c'est qu'au cours de la discussion, on indiqua dans quelle mesure l'exécuteur doit remplir les obligations de la succession (1). Il n'est nullement obligé de les remplir toutes ; il n'a ce devoir que lorsque le paiement rentre dans une administration régulière. S'il a des doutes sur la nécessité de ce paiement au point de vue d'une administration régulière, il se mettra auparavant en communication avec l'héritier. La prescription que l'on rejette (devoir de notification) est superflue, car elle n'est qu'une simple conséquence de l'obligation de l'exécuteur d'administrer régulièrement. D'autre part, il ne serait pas juste, lorsque le paiement est manifestement nécessaire à une administration régulière, d'obliger l'exécuteur à avertir les héritiers avant de l'opérer ; car cet avertissement pourrait le retarder considérablement, selon les circonstances, au préjudice de tous les intéressés, surtout lorsqu'on ne connaît pas certains héritiers ou qu'on ignore leur résidence. Il paraît plus juste de partir de cette idée, que c'est l'affaire de l'héritier, d'indiquer les circonstances spéciales, qui font que le paiement d'une obligation, ne doit pas avoir lieu, malgré l'apparence, dans l'intérêt d'une administration régulière. Pour assurer à l'héritier cette possibilité, il suffit que l'exécuteur soit

(1) K. I. p. 282.

obligé, à lui fournir sur demande, des détails sur l'état de son administration, comme sur ses dispositions concernant l'exécution des dernières volontés et le partage. De ce passage des travaux de la deuxième Commission, se dégage assez clairement pour que nous n'ayons pas besoin d'insister, cette idée que le droit de l'exécuteur de payer les obligations n'est pas un droit absolu, mais qu'il est subordonné aux nécessités d'une administration régulière.

**§ V. — Droit de contracter des obligations
pour la succession.**

L'art. 2206 dispose que : l'exécuteur est autorisé à contracter des obligations pour la succession, dans la mesure où une administration régulière l'exige. Il peut aussi contracter pour la succession l'obligation de disposer d'un des objets qui la composent, lorsqu'il a le droit de disposition. L'héritier est obligé de consentir à ce que l'exécuteur contracte de telles obligations, sauf son droit de faire valoir la restriction de sa responsabilité en ce qui concerne les obligations de la succession. » D'après notre article, l'exécuteur peut s'obliger pour la succession dans deux cas bien distincts. L'étendue de son droit est variable, selon que l'on se place dans l'hypothèse prévue par la première proposition de l'art. 2206 ou dans celle prévue par la deuxième. Débarrassons-nous tout d'abord de cette dernière qui se rattache à l'art. 2205. Elle permet à l'exécuteur de s'obliger à disposer d'un objet de la suc-

(1) Voir aussi K. P. 5, p. 313 et 529, et M. 5, p. 231.

cession, lorsqu'il est autorisé à la disposition même. Dans ce cas, l'étendue de son droit de s'obliger pour la succession est déterminée par l'étendue de son droit de disposer. Lorsque le testateur n'a pas pris de dispositions spéciales, il n'y a pas à examiner si l'obligation est nécessaire à une administration régulière, puisque l'art. 2205 donne à l'exécuteur le droit de disposer d'une façon absolue. Dans le cas contraire, le droit reconnu par 2206, deuxième proposition, peut être diminué ou refusé, car d'après l'art. 2208, le testateur peut restreindre ou supprimer le droit de disposition.

Mais le droit réglementé par l'art. 2206, première proposition, ne se comporte pas de la même façon. Ce qui frappe tout d'abord, c'est la différence qui existe, au point de vue de l'étendue, entre ce droit et celui qui est accordé par l'art. 2205 *in fine*. Ce dernier article permet à l'exécuteur, comme nous venons encore de le rappeler, de disposer d'une façon absolue, tandis que 2206 ne lui accorde le pouvoir de contracter des obligations pour la succession, que lorsque cela est nécessaire à une administration régulière. Cette prescription est conforme à la partie correspondante de l'art. 1902 du premier projet. Pour quelle raison, peut-on se demander maintenant, la restriction apportée par l'art. 1900 du premier projet au droit de disposition de l'exécuteur a-t-elle disparu, tandis que s'est maintenue celle relative au droit de contracter des obligations ? Il y eut à ce sujet des revirements dans la deuxième Commission. Elle admit d'abord le droit pour l'exécuteur de contracter des obligations d'une façon illimitée, en s'appuyant sur les motifs qui avaient fait reconnaître

un droit de disposition absolu (1). Mais cette opinion ne triompha pas définitivement, et on adopta la disposition actuelle de l'art. 2206 pour les raisons suivantes (2), basées sur cette considération que l'exécuteur n'a en général l'administration que pour pouvoir remplir les obligations qui lui sont imposées par les art. 2203 et 2204. Si l'on regarde comme cas normal celui où l'exécuteur est appelé à l'administration de toute la succession, il est logique de lui concéder des droits étendus.

Mais si l'on part de l'idée, que l'exécution s'étend seulement au règlement de la succession, c'est-à-dire au partage de celle-ci entre les bénéficiaires et qu'elle se termine dans la plupart des cas rapidement, il faut poser comme règle la restriction des droits et regarder l'extension de ceux-ci comme l'exception.

L'état actuel du droit ne permet pas facilement de savoir de quel côté il faut faire pencher la balance. Mais en tous cas, il n'y a pas une tendance nette à accorder à l'exécuteur un droit illimité de contracter des obligations. Le pouvoir en question doit être raisonnablement limité quant à ses causes : l'exécuteur a simplement pour devoir la plupart du temps, de régler la succession ; il doit prendre soin que tous ceux auxquels il revient quelque chose obtiennent ce qui leur est dû. L'administration lui est accordée seulement dans le but de lui rendre possible ou de lui faciliter le règlement de la succession et en ce qui concerne les obligations de cette succession, il n'a à les payer que lors-

(1) K. P. p. 279 s.

(2) *Id.* p. 528 s.

qu'une administration régulière l'exige. Son devoir ne consiste pas dans une administration durable, tendant à faire fructifier la fortune, à réaliser des gains, administration qui sans contredit le forcerait à entreprendre toujours de nouvelles affaires, mais dans une administration qui a pour but, dans la mesure où elle se réduit au partage, de terminer les affaires pendantes et de réaliser les ressources nécessaires à ce but et au partage. Pour arriver à ce résultat, souvent il n'y aura pas lieu de contracter de nouvelles obligations, et dans la majorité des cas, il ne sera nécessaire de le faire qu'occasionnellement. Un droit illimité de contracter des obligations dépasserait les besoins...

L'exécuteur aura ses droits si peu diminués par la détermination limitative des causes, que les cas seront très rares où des embarras lui naîtront de ce chef, car il peut contracter des obligations, tantôt par suite des nécessités d'une administration régulière, tantôt parce qu'il s'oblige à une disposition; or, comme il a une puissance illimitée de disposer, il peut s'obliger à n'importe quelle disposition, sauf une donation. En outre, le droit du liquidateur d'une société de commerce est restreint de la même manière que le pouvoir de l'exécuteur. Or, si l'on se tire d'affaire, avec cette restriction, pour la liquidation d'une société de commerce, on pourra bien en faire autant dans l'exécution, étant donné surtout que le testateur peut toujours écarter toute limitation du droit de contracter des obligations. Enfin, notre disposition aura encore l'avantage de protéger l'héritier, que ne suffiraient pas à défendre, contre le mauvais usage du libre droit de contracter des obligations, les

prescriptions du droit pénal et la responsabilité civile de l'exécuteur.

Mais à côté de l'intérêt de l'exécuteur et des héritiers, il faut encore considérer l'intérêt des tiers. D'après la deuxième commission (1), l'obligation est regardée comme contractée conformément à une administration régulière, en ce qui concerne le créancier, lorsqu'il a pu admettre, lors de l'engagement, qu'elle était contractée dans un tel but. Certains auteurs, plus rigoureux, exigent, pour la validité de l'obligation, que la nécessité de la contracter soit strictement objective, au lieu de laisser ce point à l'appréciation de bonne foi du créancier. Mescheider, par exemple, s'élève avec force contre l'opinion, précédemment indiquée, qui, d'après lui, ne peut se déduire du texte, et qui ne concorde pas avec les règles sur le fardeau de la preuve. A son avis, la bonne foi ne peut suppléer la nécessité objective absente (2). Malgré l'autorité de ce savant auteur, il paraît plus raisonnable d'admettre la théorie de la deuxième commission, sous peine de rendre souvent illusoire le droit de l'exécuteur de contracter des obligations, en faisant craindre aux tiers des difficultés éventuelles.

La troisième proposition de l'art. 2206 est inspirée par cette idée de l'intérêt des tiers. Elle dispose que l'héritier est obligé à donner son consentement à de telles obligations. Son but est de rassurer ceux qui hésitent à s'engager avec l'exécuteur, dans la crainte que l'héritier ne vienne critiquer le droit de ce dernier,

(1) K. P., 5, p. 528.

(2) *Op. cit.*, p. 503.

de contracter des obligations en s'appuyant sur la limitation quant aux causes de l'art. 2206 (1).

Cette prescription est utile au cas d'obligations à longue durée, surtout à l'égard de celles qui pourront dépasser la durée à prévoir de l'exécution (baux, etc). Le consentement présente un double intérêt pour les créanciers et pour l'exécuteur. L'héritier qui a consenti ne peut plus se prévaloir, vis-à-vis des tiers, de l'absence des conditions exigées par l'art. 2206 ; de plus, il libère l'exécuteur de toute responsabilité envers lui au sujet de cette obligation. Lorsque les tiers hésitent à contracter avec l'exécuteur et que l'héritier refuse de consentir à une obligation nécessaire à une administration régulière, une action est donnée contre lui pour obtenir son consentement. Mais elle n'appartient qu'à l'exécuteur, les tiers n'y ont aucun droit.

Lorsque l'obligation n'est pas nécessaire à une administration régulière et que l'héritier n'a pas donné son consentement, il peut faire valoir la nullité de cette obligation contractée par l'exécuteur, déjà pendant la durée de l'exécution, au moyen d'une action dirigée contre l'exécuteur ou contre les tiers.

Mais, lorsque les obligations ont été contractées dans les bornes de l'art. 2206, elles deviennent des obligations de la succession, dont l'héritier est tenu personnellement, sauf son droit de faire valoir le bénéfice d'inventaire en ce qui les concerne (2).

(1) K. P., 5, p. 530.

(2) M., 5, p. 234, art. 2206, *in fine*.

SECTION III

EXTENSION DES DROITS DE L'EXÉCUTEUR

CHAPITRE PREMIER

L'administration droit autonome.

Nous connaissons désormais les attributions ordinaires de l'exécuteur, mais nous savons d'autre part que le testateur peut étendre dans une certaine mesure les droits de son homme de confiance. Le code lui-même ayant prévu quelques-unes des extensions possibles, il nous reste à les étudier maintenant. Il permet dans son art. 2209, de donner à l'exécuteur l'administration comme droit autonome et dans l'art. 2207, de lui accorder le pouvoir de contracter des obligations d'une façon illimitée. L'art. 2209 est ainsi conçu : Le testateur peut transmettre à l'exécuteur l'administration de la succession, sans lui imposer d'autres devoirs que cette administration ; il peut aussi ordonner que l'exécuteur continue l'administration après avoir rempli les autres devoirs qui lui ont été assignés. Il faut admettre, en cas de doute, que le pouvoir de l'art. 2207 est donné à un exécuteur de cette sorte.

Nous avons vu qu'en général, le droit d'administrer n'est pas un droit autonome, mais qu'il n'est donné à l'exécuteur que pour lui permettre de s'acquitter de ses devoirs et dans la mesure de leur étendue. Dans l'article 2209, le code permet au testateur de transformer le droit subordonné en droit indépendant. Le premier projet ne contenait pas de disposition semblable, dans la deuxième Commission, on fit d'abord ressortir, comme nous l'avons vu plus haut, que l'administration de la succession en principe ne se suffit pas à elle-même, qu'elle n'existe qu'en vue des devoirs essentiels de l'exécuteur et qu'elle ne doit appartenir à ce dernier que jusqu'à l'accomplissement de la dernière volonté et du partage. Mais cette conception fut ensuite combattue, on fit valoir que l'administration n'existe pas seulement comme moyen de réaliser le but indiqué, mais qu'elle peut être enlevée à l'héritier auquel on peut imposer la charge de s'en abstenir, et confiée à un administrateur. Il fallait donc laisser dans chaque cas à l'interprétation, le soin de répondre à la question de savoir dans quel sens on doit entendre le droit d'administration de l'exécuteur.

La délibération, n'ayant pas donné des résultats assez précis, fut reprise plus tard et on produisit de nouveaux arguments dans les deux sens. Contre la disposition actuelle de 2209, on objecta qu'il peut y avoir des espèces dans lesquels le testateur tient à enlever l'administration à son héritier, mais que pour la plupart de ces cas, l'*exheredatio bona mente* suffit, que les autres ne méritent aucune attention au point de vue

(1) K. P., 5, p. 277.

d'un intérêt économique général, et que la considération des réservataires s'élève contre l'admission d'une telle exécution.

Mais les arguments de l'opinion adverse l'emportèrent; on fit valoir que le testateur peut, avec cette administration seule et indépendante, poursuivre des buts variés, tantôt ceux auxquels sert l'*exheredatio bona mente*, tantôt d'autres : il peut avoir l'intention de donner à l'exécuteur la situation d'un chef de famille, par exemple lorsque sa veuve a été instituée héritière avec des enfants et nommée exécutrice. Ces buts sont complètement justifiés, et on ne trouve pas de motif suffisant de restreindre son pouvoir, en lui permettant seulement d'y arriver par l'*exheredatio bona mente*, lorsque cette dernière suffit.

Cette question résolue, il s'agissait de savoir si ce droit du testateur devait être exprimé formellement par la loi : Certains soutinrent que non, sous prétexte que la disposition suivante : l'héritier ne doit pas avoir l'administration, mais subir celle de l'exécuteur, contient une charge. Cette conception fut repoussée comme inexacte; l'exécution n'est pas une institution abstraite; l'exécuteur ne peut avoir plus de droits que le code ne lui en accorde; or, la loi lui permet d'exécuter les dispositions de dernière volonté du testateur, d'effectuer le partage et d'administrer la succession, dans la mesure où la réalisation de ce double but l'exige. D'où il suit que le testateur, à défaut d'une détermination spéciale, ne pourrait appeler un exécuteur à la seule administration de la succession, lorsqu'il ne s'agit pas d'exécuter une autre disposition du testateur. Ce dernier peut bien disposer, au moyen d'une charge, que

son héritier donnera à un tiers un plein pouvoir irrévocable pour administrer la succession, et s'abstiendra lui-même de tout acte d'administration.

Cette disposition lie l'héritier, et l'exécuteur pourrait le contraindre, par voie d'action, à l'exécuter. Le testateur pourrait aussi désigner l'exécuteur comme le tiers auquel l'héritier doit donner plein pouvoir. Par une telle charge, le testateur obtient économiquement le même effet que par une exécution dans laquelle l'exécuteur n'a à s'occuper que de l'administration.

Mais une pareille disposition ne contient, juridiquement, encore aucune nomination d'exécuteur. Car elle ne lie l'héritier qu'obligatoirement, et n'a pas d'effet réel; spécialement, les créanciers personnels de l'héritier ne seront pas tenus de s'arrêter devant elle. Il faut donc introduire dans la loi pour cette exécution spéciale, une disposition formelle.

En effet, il n'y a pas d'assimilation possible entre le droit de l'art. 2209 et une charge; l'administration permise par notre article a des effets beaucoup plus étendus que cette dernière, avec laquelle l'héritier ne serait qu'obligatoirement forcé de transmettre à l'exécuteur l'administration, et de s'abstenir d'administrer; avec laquelle l'exécuteur n'aurait pas les pouvoirs étendus de l'art. 2205 (2^e proposition), de prendre la succession en possession et de disposer des objets qui la composent; avec laquelle enfin, les créanciers personnels de l'héritier, qui d'après l'art. 2214, ne peuvent s'attaquer aux objets de la succession soumis à l'administration de l'exécuteur, pourraient le faire. Grâce à cette exécution, le testateur pourra, par exemple, donner à sa veuve la situation d'un chef de famille; elle sera, dans

ce cas, libérée des entraves et des obligations qui paralyseraient son action si elle avait à administrer les parts héréditaires de ses enfants, en vertu de sa puissance paternelle seulement. Elle pourra en effet conserver, selon les circonstances et si le testateur n'a pas disposé le contraire, le droit d'administration, même après la majorité de ses enfants, même en cas de remariage. La charge, au contraire, ne permettrait pas d'obtenir ces résultats (1).

Notre droit spécial d'administration peut être donné sous deux formes différentes ; dans le cas prévu par la première proposition de l'art. 2209, le testateur enlève à l'exécuteur les devoirs d'exécuter sa dernière volonté et de procéder au partage, pour ne lui laisser que l'administration ; dans le cas prévu par la deuxième proposition, il lui laisse le droit d'administration après qu'il a exécuté ces devoirs. Le but poursuivi par l'art. 2209, est un but pratique : l'art. 2211 décidant que l'héritier ne peut disposer d'un objet soumis à l'administration de l'exécuteur, aussi longtemps qu'elle dure, la deuxième proposition de l'art. 2209 permet au testateur de défendre sa succession contre le mauvais usage que pourrait en faire l'héritier par sa prodigalité, par exemple, et contre l'attaque des créanciers personnels de ce dernier, art. 2214 (2).

Dans le cas où le testateur ordonne que l'exécuteur continuera à administrer, après avoir rempli ses autres devoirs, nous serons en face d'un droit spécial d'administration dès le début de la charge, et non pas seule-

(1) Voir PLANCK sur 2209.

(2) MEISCHEIDER. *Op. cit.*, p. 496.

ment depuis le moment où les autres devoirs seront accomplis (1).

En ce qui concerne son étendue, l'administration de l'art. 2209 peut embrasser toute la succession ou se restreindre à la part d'un cohéritier, ou même à un objet isolé de la succession (2).

Cette première extension du droit de l'exécuteur en a une seconde pour conséquence ; l'art. 2209 dispose *in fine*, que dans les hypothèses prévues par lui, il faut admettre en cas de doute que l'exécuteur a le droit de contracter des obligations d'une façon illimitée d'après l'art. 2207. En effet, l'administration de l'art. 2209 conduit à conclure des affaires nouvelles et le droit restreint de contracter des obligations, tel que l'accorde le § 2206, serait une entrave perpétuelle à l'activité de l'exécuteur.

Mais la prescription de l'art. 2209, si avantageuse dans certains cas pour le testateur et l'héritier, présente un inconvénient qui intéresse l'ordre public : la succession peut rester hors du commerce pendant un temps indéfini. Le code s'est rendu compte de ce danger, et y a remédié dans l'art. 2210, ainsi conçu : Une disposition prise d'après l'art. 2209 devient nulle, lorsque trente ans se sont écoulés depuis l'ouverture de la succession. Le testateur peut pourtant ordonner que l'administration doit persister jusqu'à la mort de l'héritier, ou de l'exécuteur, ou jusqu'à l'arrivée d'un autre événement dans la personne de l'un ou de l'autre. La prescription de l'art. 2163, § 2, est applicable. »

(1) PLANCK SUR 2209.

(2) id. id.

Notre article ne se trouvait pas dans le premier projet. Il fut admis par la deuxième Commission, parce que la non-limitation dans le temps d'une pareille exécution serait en contradiction flagrante avec les principes, qui ont fait tenir un délai maximum pour nécessaire dans la substitution, principes qui conservent toute leur valeur dans notre cas. Certaines législations actuelles admettent d'ailleurs une limite de temps pour l'exécution, notamment le droit français et quelques statuts. En outre, les expériences faites en Angleterre et en Amérique avec des exécutions à durée indéterminée militent en faveur d'un terme. Sans cette limite, le testateur pourrait créer une fondation sans l'assentiment de la loi du pays, ou un fidéicommiss de famille de droit allemand sans satisfaire aux exigences de la loi de la région. Pour éviter ces inconvénients, on doit fixer un délai maximum à tous les cas d'exécution de cette nature, et non pas seulement à ceux dans lesquels l'administration s'étend à toute une succession.

Quant au délai, la Commission décida de lui donner la même étendue qu'en matière de substitution, qu'il s'agisse de personnes physiques ou de personnes morales, (cpr. les art. 2109, 2162). Mais si le délai est le même dans ces deux institutions juridiques, il peut varier selon que l'on se trouve en présence d'une personne physique ou d'une personne morale. En effet, l'art. 2210 dispose d'abord qu'une disposition prise d'après l'art. 2209 est nulle, lorsque trente ans se sont écoulés depuis l'ouverture de la succession. Puis il permet d'allonger ce délai, dans des cas spéciaux, au testateur qui pourra ordonner que l'administration dure jusqu'à la mort de l'héritier ou de l'exécuteur, ou jus-

qu'à l'arrivée d'un événement dans la personne de l'un ou de l'autre, même si ces diverses conditions ne se réalisent qu'après le délai de trente ans. Mais cette seconde règle ne peut s'appliquer que lorsqu'on est en présence de personnes physiques ; si l'événement doit se produire dans une personne juridique, il devra arriver dans le délai de trente ans, jamais postérieurement ; les personnes physiques meurent et les événements qui peuvent se produire dans leur personne arrivent forcément dans un temps limité, il n'en est pas de même des personnes morales, aussi pour elles, ne peut-il être question d'allonger le délai de trente ans. C'est ce qui résulte de la fin de l'art. 2210 qui renvoie à l'art. 2163, § II. Les articles 2162 et 2163 contiennent des dispositions semblables à celle de l'art. 2210 ; d'après l'art. 2162 un legs sous condition ou terme suspensif devient caduc trente ans après l'ouverture de l'hérédité, lorsque la condition ou le terme ne sont pas survenus auparavant ; l'art. 2163 prévoit des cas exceptionnels où le legs sera valable même après l'expiration du délai de trente ans. Mais l'art. 2163, § II, auquel renvoie l'art. 2210, supprime ces cas exceptionnels, lorsqu'il s'agit de personnes morales en ajoutant : « Si le grevé ou le bénéficiaire dans la personne duquel doit se produire l'événement est une personne morale, il faut s'en tenir au délai de trente ans. » Donc, dans les trois cas de substitution, art. 2109, de legs sous condition suspensive, art. 2162-2163, et d'exécution testamentaire, la substitution doit se produire, la condition du legs arriver, l'exécution se terminer, dans le délai de trente ans, à partir de l'ouverture de la succession, sous peine de devenir inefficaces. A la vérité, ces trois cas souffrent des excep-

tions où la validité peut se prolonger au delà de trente ans, s'il s'agit de personnes physiques, mais s'il s'agit de personnes juridiques, il ne peut y avoir de prolongation au-delà de ce délai de trente ans (1).

Nous savons que d'après l'art. 2209, l'exécuteur peut avoir à continuer l'administration après avoir rempli ses autres devoirs. Qu'arrivera-t-il, si, au temps fixé par l'art. 2210, il n'a pas encore rempli ces devoirs ? Sa charge ne se terminera pas, mais ce qui prendra fin, c'est le droit spécial d'administrer, le droit autonome réglementé par l'art. 2209. Il lui restera seulement l'administration de l'art 2205, comme droit accessoire, dans la mesure où elle lui sera nécessaire pour exécuter ses devoirs en suspens (2).

CHAPITRE II

Droit de contracter des obligations d'une manière illimitée.

La seconde extension des droits de l'exécuteur, prévue par le code, que nous avons signalée, est celle de l'art. 2207 : le testateur peut ordonner que le droit de l'exécuteur de contracter des obligations pour la succession ne soit pas limité. L'exécuteur, en pareil cas, n'est autorisé à une promesse de donation que dans la mesure indiquée par l'art. 2205, troisième proposition. » Le code a permis au testateur de prendre une telle disposition pour le cas où l'exécuteur aura à administrer, pendant longtemps, une grande fortune (3). Seulement

(1) Voir MEISCHEIDER, p. 497-498.

(2) Voir PLANCK sur 2210.

(3) K. P. t. V. p. 529.

cette extension du droit de ce dernier est moins considérable qu'elle ne paraît au premier abord ; en effet d'après l'art. 2216, l'exécuteur est obligé à une administration régulière et le testateur ne peut le libérer de cette obligation, art. 2220. Par suite, l'exécuteur ne devra contracter que des obligations correspondant à une administration régulière sous peine d'engager sa responsabilité vis-à-vis de l'héritier. L'art. 2207 n'a d'effet qu'à l'égard des tiers, qui seront à couvert, puisque leur obligation devient en tous cas une obligation de la succession. Mais notre article est pourtant capable d'atteindre toute sa portée, si l'on admet que l'exécuteur a dans cette hypothèse le droit de réclamer à l'héritier son consentement. Et il faut lui reconnaître ce droit, puisqu'en ce qui le concerne, la situation est la même que dans l'art. 2206. Muni de ce consentement, l'exécuteur sera libéré de toute responsabilité envers l'héritier au sujet des obligations qu'il aura contractées (1).

D'après l'art. 2207 *in fine*, le testateur ne peut autoriser l'exécuteur à s'engager à une donation dépassant les limites prévues par l'art. 2205, troisième proposition, c'est-à-dire à une donation qui ne correspond pas un devoir moral ou aux convenances et usages. C'est une conséquence de cet art. 2205.

(1) PLANCK SUR 2207.

SECTION IV

RESTRICTION DES DROITS DE L'EXÉCUTEUR

Cette question ne soulève aucune difficulté. Elle est résolue par l'art. 2208 : l'exécuteur n'a pas les droits désignés dans les art. 2203 à 2206, lorsqu'il faut admettre qu'ils ne doivent pas lui appartenir, d'après la volonté du testateur. Si quelques objets de la succession seulement sont soumis à l'administration de l'exécuteur, les droits de l'art. 2205, deuxième proposition, ne lui appartiennent qu'à l'égard de ces objets. § 2. Si l'exécuteur n'a pas à exécuter lui-même les dispositions du testateur, il peut exiger l'exécution par l'héritier, lorsqu'il n'y a pas à admettre une volonté différente du testateur. » Les restrictions possibles d'après l'art. 2208 se rapportent aussi bien aux droits autonomes de l'exécuteur, exécution de la dernière volonté et partage, qu'au droit d'administration qui lui est donné pour réaliser cette mission. La disposition de la deuxième proposition se comprend de soi ; il est certain que si quelques objets seulement sont soumis à l'administration de l'exécuteur, son droit de prise en possession et son droit de disposition seront limités à ces objets.

Le § 2 vise un cas spécial, celui où le testateur a enlevé à l'exécuteur le droit d'exécuter lui-même ses dispositions de dernière volonté, et où il ne lui laisse par suite qu'un droit de surveillance, si bien que ce type d'exécuteur, dont le code ne s'occupe plus au point de vue théorique, a été maintenu à bon droit pour les besoins de la pratique. Pour lui conserver une valeur effective, le code lui donne le droit de réclamer à l'héritier l'accomplissement de ses obligations (1). Cette disposition a été prise pour combler une lacune du premier projet, qui n'accordait à l'exécuteur ce droit de réclamation qu'en ce qui concerne les charges. Elle était d'ailleurs nécessaire, parce que le testateur ne pouvait donner, de sa propre autorité, ce pouvoir, sans y être autorisé par la loi. L'exécuteur, muni d'une action, ne sera donc plus désarmé.

(1) K. P. 5, p. 309.

SECTION V

FORMES SPÉCIALES D'EXÉCUTION PRÉVUES PAR LE CODE

§ I. — **Exécuteur nommé pour exercer les droits d'un substitué jusqu'à l'arrivée de la substitution.**

Le code, répondant à des besoins pratiques, a indiqué dans ses articles 2222 et 2223, deux formes spéciales d'exécution, estimant que, sans disposition expresse de la loi, le testateur ne pourrait prendre l'initiative de les ordonner. L'art. 2222 qui ne se trouvait pas dans le premier projet, est ainsi conçu : le testateur peut nommer un exécuteur, pour exercer les droits du substitué et remplir ses devoirs jusqu'à l'arrivée de la substitution ordonnée. » Meischeider pense que le fondement de cette prescription pourrait être cherché dans cette considération, que l'exercice, par l'exécuteur, des droits et devoirs du substitué, ne constitue pas tant l'exécution d'une disposition de dernière volonté, qu'il ne prépare seulement l'exécution postérieure de la disposition de dernière volonté, consistant dans l'institution d'un substitué. Par suite, l'art. 2222 n'est pas une simple conséquence de l'art. 2203, et inutile comme tel. Un texte formel était nécessaire pour accorder au testateur le pouvoir de nommer un exécuteur de cette sorte.

Mais la deuxième Commission a donné d'autres motifs de sa décision ; elle partit d'abord de l'idée qu'il fallait admettre dans le code une disposition d'après laquelle le *de cuius*, qui institue un substitué, pourrait ordonner que certains droits concédés à ce dernier pour la sûreté de la substitution, droits spécialement déterminés, pourraient appartenir aussi à l'exécuteur avant l'arrivée de la substitution. Suivait une énumération de ces droits (1). Ce projet fut approuvé, on considéra que le testateur pouvait nommer un exécuteur auquel il confiait l'administration de la succession. Si l'on permet cela, il n'y a aucun motif de ne pas assurer aussi au testateur la possibilité de transmettre à un exécuteur, non pas l'administration complète de la succession, mais seulement certains droits de contrôle. Puisqu'on a accordé le *maius*, on doit accorder aussi le *minus*. L'équité et les besoins pratiques militent aussi en faveur d'un tel exécuteur à pouvoirs amoindris intervenant dans une substitution. La possibilité d'une telle exécution doit pourtant être exprimée formellement. Car la disposition proposée ne résulte pas du droit du testateur de restreindre les pouvoirs de l'exécuteur, parce qu'il ne s'agit pas à proprement parler ici d'un *minus*, mais d'un *aliud*, qui à la vérité est, au point de vue économique, un *minus*. On laissa à la Commission de la forme le soin d'examiner s'il ne serait pas bon de donner à l'exécuteur tous les droits du substitué et alors de ne pas énumérer de pouvoirs isolés (2).

Conformément à ce désir, la décision en question a

(1) K. P. 5, p. 309.

(2) K. P. 5, p. 309.

obtenu, lors de la rédaction finale, sa forme actuelle plus large. La disposition de l'art. 2222 pourra être utile au testateur au cas où il a un descendant prodigue ou endetté ; d'après l'art. 2338, il peut confier l'administration de la réserve du descendant ou de ce que ce dernier a obtenu par succession pendant sa vie, à un exécuteur. Mais sans aller aussi loin, il peut décider que les héritiers légaux du descendant obtiendront, après sa mort, ce qui a été laissé à ce dernier ou sa réserve, comme substitués. L'art. 2222 lui permettra de donner à sa volonté et au substitué une protection efficace.

§ II. — Exécuteur nommé pour prendre soin des charges imposées à un légataire.

L'art. 2223 dispose que le testateur peut aussi nommer un exécuteur pour s'occuper de l'exécution des charges imposées à un légataire. Le premier projet contenait déjà une disposition semblable, il décidait, art. 1910, que : si un exécuteur était nommé en considération des charges imposées à un légataire, les prescriptions de 1889 à 1909 s'appliquaient. » Ce qui revenait à dire que toutes les dispositions du titre des exécuteurs testamentaires étaient applicables. D'après les motifs (1), et leur opinion est encore exacte avec l'art. 2223 actuel, la prescription vise aussi bien le cas où le testateur a imposé à un legs considérable, qui épuise peut être toute la succession, des sous-legs ou

(1) M. 5, p. 246.

charges, que celui où un exécuteur est nommé d'une façon générale, et où il faut admettre, d'après le contenu du testament, qu'il doit exercer comme tel sa mission aussi par rapport aux charges d'un légataire.

Quant à savoir, dans cette deuxième hypothèse, lorsque le *de cuius* n'a pas pris de disposition spéciale, si l'exécuteur doit s'occuper de l'exécution des sous-legs et charges imposés à un légataire, c'est une question d'appréciation à résoudre par l'interprétation du testament. En tous cas, la loi doit autoriser expressément la nomination d'un semblable exécuteur. Car, d'après les articles antérieurs, l'exécuteur doit exécuter les legs et charges qui grèvent l'héritier, mais non pas ceux qui grèvent un légataire. Toutefois, comme d'après l'art. 2203, l'exécuteur doit accomplir les dispositions de dernière volonté et que d'autre part, les charges imposées à un légataire par le *de cuius* sont des dispositions de dernière volonté, certains auteurs prétendent que l'art. 2203 suffirait à donner au testateur le pouvoir que l'art. 2223 lui accorde expressément (1). A un moment donné, des considérations de ce genre avaient fait proposer, au cours des travaux de la deuxième Commission, la suppression de l'art. 1910. Cette motion fut repoussée; on considéra que l'hypothèse prévue par l'art. 1910 ne se réalise pas souvent; qu'on ne peut pas se rapporter à l'analogie qui existe entre notre exécuteur et l'exécuteur ordinaire, parce qu'il faut également prévoir le cas où le même exécuteur est nommé aussi bien pour l'exécution des charges imposées à

(1) MEISCHEIDER. *Op. cit.*, p. 248.

l'héritier que de celles imposées au légataire, et que les décisions antérieures supposaient toujours l'exécuteur institué pour exécuter les charges imposées à l'héritier.

SECTION VI

OBLIGATIONS DE L'EXÉCUTEUR

Les droits accessoires que l'on donne à l'exécuteur, pour lui permettre d'accomplir les dernières volontés du défunt sont à la vérité d'une importance considérable. Mais ils découlent de sa situation d'élu du testateur, qui lui remet l'administration et la disposition de la succession, parce qu'il a confiance en son honnêteté et en son expérience des affaires. L'exécuteur doit donc pouvoir administrer à sa façon, sans être entravé par les héritiers, qui peuvent être ou tout-à-fait inexpérimentés, ou trop intéressés au règlement de la succession. Mais comme d'un autre côté, il doit prendre soin des intérêts des successeurs, les pouvoirs étendus qu'on lui accorde ne peuvent pas se retourner contre eux. Aussi le code prend-t-il diverses mesures qui ont pour but de protéger les héritiers contre l'exécuteur ; il impose à ce dernier l'obligation de dresser un état de la succession dès qu'il a accepté ses fonctions, article 2215 ; d'administrer régulièrement, article 2216 ; de se conformer à certaines prescriptions relatives au mandat, article 2218 ; de réparer les dommages causés à l'héritier par sa gestion, article 2219 ; de

remettre à ce dernier les objets dont il n'a plus besoin pour remplir ses devoirs, article 2217.

Examinons successivement ces diverses obligations de l'exécuteur.

§ 1. — Obligation de dresser un état de la succession.

Les droits particuliers imposaient déjà à l'exécuteur le devoir de dresser un inventaire régulier (1), lorsque

(1) *Nürnberg. Reform.*, tit. 22, Ges. 1, § 5. Darauf sollen die Executores und aussrichter, sovern es der Testirer mit nemlichen Worten nit verpoten, ainen Inventarium und Beschreibung der Güter fürderlich fürnemen, auf mass, wie hiernach under den Titeln, die Inventarien und Vormundschaft belangend geordnet ist.

Frankf. Reformat., Th. IV, Tit. 11, § 3. Und ist ihr Ampt, dass sie dess Testirers Verlassenschaft fürderlich zusammen bringen, rechtmässiger weiss Inventiren lassen.

Württemb. Ldr. Th. III. Tit. 27, § 2. Ferners sollen die Executores ohnein gestellt... alle Verlassenschaft, liegend und fahrend, aygentlich lassen inventiren und aufschreiben.

Churf. Pfalz bey Rhein erneuert. Ldr. Th. III, Tit. 28, § 4. Es sollen aber die testamentarien zufoerdest.. ein Inventarium aufrichten... SÆCHS. Gb. 2237, déjà cité. BAIER. Ldr. III, 2, 17, n° 6, wohl hingegen ist die Errichtung des Inventarii über die ausrichtende Verlassenschaft das allererste, was ein Executor universalis nach übertragener und angenommener Execution seines Orts vor all anderen zu beobachten hat, une soll er sich hierunter durchaus nach Massgab obigen ersten Kapituls achtzehnten § VI verhalten, folglich anch die interessatos ad hunc actum allerdings mit beziehen.

Fränk. L. g. 0. LXXI, 7. Es sollen auch alle Executores gleich im Antritt ihres Amts (wofern es durch den Verschaffer nicht verboten wäre) ein Inventarium und Beschreibung der Güter vornehmen und machen immassen und gestaltt wie oben bei der Erben Inventario geordnet. Wäre aber durch die Erben ein rechtmässig und ordentlich Inventarium allbereit gemacht sollen die Testamentarii zu Aufstellung gleichlautender Copeyen (um weniger Kostens und Arbeit willen) daran gesættiget und ruhig sein.

ROTH, *op. cit.*, p. 807; GRUCHOT, *op. cit.*, p. 231.

le testateur ne l'en avait pas dispensé. L'article 2215, contient une disposition à peu près semblable, mais il est à la fois plus et moins rigoureux que le droit antérieur. Il est ainsi conçu : l'exécuteur doit, immédiatement après l'acceptation de ses fonctions, communiquer à l'héritier un état des objets de la succession, soumis à son administration, et des obligations connues de la succession, et lui prêter l'assistance nécessaire d'autre part pour dresser un inventaire. § 2 : Cet état doit porter l'indication du jour où il a été dressé et être signé par l'exécuteur, qui doit sur demande de l'héritier, faire certifier authentiquement sa signature. § 3 : L'héritier peut demander à être appelé, lors de la rédaction de l'état. § 4 : L'exécuteur est autorisé, et sur la demande de l'héritier, obligé de faire dresser l'état par l'autorité compétente ou par un fonctionnaire compétent, ou par un notaire. § 5 : Les frais de confection et de certification incombent à la succession. »

Le code est plus rigoureux que le droit antérieur, en ce qu'il impose à l'exécuteur un devoir absolu dont le testateur ne peut pas le dispenser (art. 2220). Le premier projet édictait déjà une règle semblable dans son article 1906. Il est moins rigoureux en ce qu'il n'exige pas que l'état soit dressé d'après les règles applicables à l'inventaire de l'héritier. C'est pour cette raison que l'exécuteur doit prêter son aide à l'héritier pour la confection de l'inventaire, parce que l'état qu'il lui communique a pour but de lui permettre l'exercice du droit d'inventaire, mais ne suffit pas toujours à dresser un inventaire régulier. En effet, une description des objets de la succession et l'indication de leur valeur n'y

sont pas exigées, alors que ces mentions sont nécessaires à l'inventaire de l'héritier (art. 2001). Mais l'héritier peut présenter l'état de l'art. 2215 comme un inventaire dressé par lui, lorsque cet état s'étend à toute la succession et remplit toutes les conditions exigées pour un inventaire régulier(2001-2003). Il est même à désirer que l'exécuteur se conforme aux prescriptions de ces articles pour éviter à l'héritier une nouvelle description de la succession.

Le code ne fixe pas un délai dans lequel l'état devra être établi ; toutefois l'exécuteur est tenu de remplir l'obligation que lui impose l'art. 2215 dans le plus bref délai possible ; cela résulte du texte même : l'exécuteur devra communiquer immédiatement après l'acceptation de la charge.....

L'état ne concerne que les objets soumis à l'administration de l'exécuteur et les obligations de la succession connues de lui ; il n'indique que ces dernières parce que l'état doit être communiqué à l'héritier le plus tôt possible. Le premier projet ne contenait pas ce mot : connues. Toutes les obligations devaient donc être indiquées, de plus, il ne laissait pas entendre que l'état dût être préparé rapidement (art. 1906). Un projet présenté à la deuxième Commission, et tendant à faire ajouter à l'art. 1906 le mot connues, ainsi que l'obligation pour l'exécuteur de confectionner l'état aussitôt après sa prise de possession, fut fortement critiqué. On prétendit que cette limitation de temps était superflue, puisque l'exécuteur peut être rendu responsable d'une prise de possession tardive, et qu'il allait de soi qu'il s'agissait seulement des obligations connues. On décida de lais-

ser l'examen de ces projets à la commission de la forme, qui les accepta finalement (1).

Les §§ 2 à 4 imposent certaines formes ; leurs exigences sont très compréhensibles, puisque cet état servira plus tard de base au compte à rendre par l'exécuteur. Dans l'intérêt des deux parties, l'exactitude des indications doit être garantie par certaines précautions.

Les §§ 4 et 5 tendent à généraliser le plus possible les états dressés par l'autorité compétente. L'art. 1906 du premier projet permettait à l'héritier seulement, de demander que l'état fût dressé par l'autorité compétente ou un fonctionnaire compétent, à ses frais. L'art. 2215 autorise l'exécuteur à faire dresser l'état de cette façon et l'y oblige, lorsque l'héritier le réclame. Contre ces §§, on objecta bien qu'ils entraîneraient, dans certaines circonstances, des frais élevés. Mais la majorité les accepta, sous prétexte que l'exécuteur peut avoir souvent un intérêt digne d'attention, à ce que l'état soit confectionné par l'autorité ; et que, d'autre part, des frais faits aussi dans l'intérêt de l'héritier ne doivent pas sans injustice être supportés par lui seul. Enfin, il fallait favoriser la coopération de l'autorité à ces états (2).

§ II. — **Obligation d'administrer régulièrement.**

Ce devoir est réglementé par l'article 2216 : l'exécuteur est obligé d'administrer régulièrement la succession. § 2 : Les dispositions que le testateur a prises dans

(1) K. P. 5, p. 311.

(2) K. P., 5, p. 312.

son testament pour l'administration doivent être suivies par l'exécuteur. Elles peuvent pourtant être écartées, à la requête de l'exécuteur ou d'un autre intéressé, par le tribunal de la succession, lorsque leur exécution compromettrait gravement la succession. Avant sa décision, le tribunal doit entendre, autant que faire se peut, les intéressés. »

L'idée d'une obligation de l'exécuteur d'administrer régulièrement se dégageait déjà du premier projet, mais elle n'était pas résumée dans une disposition générale comme celle qu'édicte l'art. 2216. L'art. 1899 décidait par exemple que l'exécuteur est autorisé, et vis-à-vis de l'héritier, obligé, dans la limite où une administration régulière l'exige, à encaisser les créances de la succession et à faire valoir, spécialement par voie d'action, tous les droits appartenant à cette dernière, ainsi qu'à remplir les obligations autres que celles nées d'un legs ou d'une charge (1). L'art. 1900 ne donnait à l'exécuteur le droit de disposer que lorsqu'il était nécessaire à une administration régulière ou à la création de ressources pour payer des obligations de la succession. D'après l'art. 1902, l'exécuteur n'était autorisé à contracter des obligations que lorsqu'elles étaient nécessaires à une administration régulière.

Le mot régulièrement a été introduit dans l'art. 2216 actuel par la 2^e Commission (2). Cette adjonction ne souleva aucune objection. Mais on laissa à la science et à la pratique le soin de définir le sens et la portée de ce mot, parce que d'un côté, dans les cas ordinaires, on

(1) Voir aussi les motifs, t. 5, p. 231 232.

(2) K. P., 5, p. 278.

doit entendre par administration régulière une administration qui répond au but de l'exécution de la dernière volonté et du partage, tandis que de l'autre, lorsque ce droit d'administrer est donné comme droit autonome, il faut apprécier la régularité de l'administration indépendamment de ce but.

La première chose à faire pour l'exécuteur qui veut administrer régulièrement, est de se conformer aux dispositions prises par le testateur à ce sujet (2216 § 2). Mais ces dispositions peuvent parfois, pour une raison ou pour une autre, être contraires aux intérêts de la succession. Aussi le code permet-il aux tribunaux, sur la requête de l'exécuteur ou de l'un des intéressés, de les supprimer lorsque leur exécution compromettrait gravement la succession. Cette prescription ne se trouvait pas dans le premier projet ; elle est le fruit des travaux de la deuxième Commission, qui partit de cette idée que le testateur poursuit le but de conserver le plus possible la succession, il ne peut avoir l'idée de lui causer de dommages, non plus qu'aux personnes qui y sont intéressées. L'exécution de ses dispositions pourrait parfois provoquer ce résultat, qu'il n'a sûrement pas voulu, pour des causes variées : connaissance insuffisante des affaires de la part du testateur, changement de circonstances survenu entre le moment où la disposition est prise et celui où elle est exécutée. Dans ces cas, l'intérêt de tous les participants exige que l'on corrige, si possible, les dispositions du testateur. Pour réaliser ces corrections, il faut accorder certains pouvoirs aux tribunaux de la succession, parce que les formes de la juridiction volontaire permettent toujours

un examen plus libre de la situation que les formes ordinaires du procès (1).

Cette règle du code a déjà ses racines dans la législation antérieure. Certains droits permettaient à l'exécuteur de s'écarter des dispositions expresses du testateur, après avoir averti l'autorité et obtenu le consentement de tous les intéressés (2).

Sous le terme intéressés, sont compris, dans l'art. 2216, les héritiers, les légataires et l'exécuteur. Les créanciers et les débiteurs de la succession n'ont aucun droit à présenter la requête, quoique leurs intérêts puissent être lésés par la disposition du testateur (3).

§ 3. — Application à l'exécuteur de certaines règles du mandat

L'art. 2218 décide que : « les prescriptions relatives au mandat des §§ 664, 666 à 668, 670, 673, 2^e proposition, et 674 s'appliquent au rapport de droit existant entre l'exécuteur et l'héritier. L'héritier peut réclamer une reddition de compte annuelle dans le cas d'une administration qui dure plus longtemps ».

Ce renvoi à certaines règles du mandat ne veut pas dire que l'exécuteur soit le mandataire de l'héritier.

(1) K. P. t. 5, p. 283-284.

(2) BAIER. LDR. Th. III. Kap. 2, § 18, n° 1. — Vor Allem soll man sich an den von dem Verstorbenen selbst vorgeschriebenen Modum exequendi halten, und ohne Vorwissen der Obrigkeit und ohne einhellige Bewilligung sämtlicher Interessenten nicht davon abgehen. — GRUCHOT, *op. cit.* p. 222-223 ; ROTH, *op cit.* p. 805.

(3) PLANCK. SUP 2216.

Il n'a pas d'autre but que d'éviter des redites dans la loi. Il blesse peut-être l'élégance juridique, puisqu'il vise un rapport de droit ne présentant aucune analogie avec le nôtre, mais comme les résultats pratiques sont bons, toute critique devient superflue (1). Meischerder partage cet avis, il ne reproche guère à la disposition de l'art. 2218 que son inélégance. Sans doute, des règles spéciales, conformes à l'esprit de l'exécution, esprit si différent de celui de l'institution du mandat, eussent été préférables. Mais elles auraient ressemblé beaucoup à celles auxquelles on renvoie. C'est pourquoi Meischerder n'admet pas l'opinion excessive de Sturm, qui trouve l'application des prescriptions du mandat non seulement inélégante, mais encore défectueuse et anti-scientifique, et l'accuse de n'être pas pratique (2).

Examinons les règles du mandat qui s'appliquent à l'exécution. Si nous transposons l'art. 664, nous constatons que l'exécuteur ne peut pas transmettre à un tiers l'accomplissement de sa mission. Il est responsable, d'après l'art. 278, de la faute de la personne qu'il s'adjoint. Nous savons que, d'après l'art. 2199, le testateur peut autoriser l'exécuteur à se nommer un coexécuteur ou un successeur, suivant les formes déterminées par l'art. 2198. Mais cette disposition ne donne pas à l'exécuteur le pouvoir de transmettre purement et simplement ses obligations à un tiers. Il y a là deux choses bien différentes. L'idée de confiance sur laquelle repose l'exécution ne permet pas cette transmission.

D'après l'art. 666, l'exécuteur est obligé de donner à

(1) ENDEMANN. *Op. cit.*, p. 236, note 10.

(2) MEISCHERDER, *Op. cit.*, p. 513-514.

l'héritier les informations nécessaires, de lui fournir sur sa demande des renseignements détaillés sur l'état des affaires et de rendre compte après l'achèvement de l'exécution (1).

L'art. 667 oblige l'exécuteur à remettre à l'héritier

(1) *Sæchs. Gb.*, 2244. Das gegenseitige Verhältniss zwischen den Erben und dem Vollzieher in Beziehung auf die Geschäftsführung ist... nach den Vorschriften der Geschäftsführung vermöge Auftrages zu beurtheilen.

BAIER. Ldr., Th. III, Kap. 2, § 20, n° 1-2. Nach vollbrachter Execution legt der Executor den Interessenten nicht nur gebührende Rechnung hierum ab, sondern gibt auch denselben das errichtete Inventarium, als den Grund seiner Rechenschaft in authentischer Form heraus.

Preus. A. Ldr., § 562. So weit der Vollzieher als Verwalter fremder Güter angesehen vid, ist er auch zur Rechnungslegung verpflichtet.

Hess. Entw. 217. Der Vollzieher hat, insoweit er den Nachlass verwaltete, am Schlusse seiner Geschäftsführung den Betheiligten Rechnung abzulegen. Dauert die Verwaltung mehrere Jahre, so kann jährliche Rechnungsablage von ihm verlangt werden, wenn nicht hierüber der Erblasser ein Anderes bestimmt hat.

218. Der Erblasser kann den Vollzieher von der Verbindlichkeit zur Rechnungsablage nicht entbinden, auch den Zeitpunkt der Rechnungsablage nicht über fünf Jahre hinaussetzen. Ist gegen den Vollzieher der Verdacht begründet, dass er durch die Art seiner Geschäftsführung das Interesse der Betheiligten verletze, so kann, oder entgegenstehenden Bestimmung des Erblassers ungeachtet, sofortige Rechnungsablage von ihm gefordert werden. Voir K. P., t. 5, p. 315.

Nürnberg. Reform., Tit. 22 Ges. 4, § 1. Es sollen die Executorn der Testament oder ire Erben irer gepflogenen Handlung erbare aufrechte und voellige Anzaigung und Rechnung thun. Und wo sich in solcher Rechnung oder sonst ainiche geverliche Handlung oder Hinlessigkeit erfünde, soll den Partein die es antrifft bevor stehen solchs an die Obrigkeit gelangen zu lassen und diesselben so in geverd oder Hinlessigkeit befunden mit entsetzung des Ampts oder sonst gepürlicherweis gestrafft werden,

Bamberg'sches Landr. von 1769. Th. I, Anhang 1, tit 3, § 5. Nach

tout ce qu'il reçoit dans l'exécution de sa mission et tout ce qu'il acquiert par sa gestion. L'art. 668 décide que, s'il emploie pour son compte de l'argent qu'il devait remettre à l'héritier ou employer pour lui, il est obligé de lui payer les intérêts depuis le moment de l'emploi. Réciproquement, s'il fait avec son argent des dépenses qu'il pouvait tenir pour nécessaires à l'exécution de sa mission, l'héritier est obligé de l'en dédommager. (K. P., 5, p. 316.) L'art. 673, deuxième proposition, prend des mesures pour que l'héritier ne souffre pas d'une brusque cessation des fonctions de l'exécuteur : lorsque ce dernier meurt, son successeur doit informer immédiatement l'héritier, et, lorsqu'il y a péril en la demeure, continuer à s'occuper des devoirs de l'exécuteur, jusqu'à ce que l'héritier puisse prendre soin de ses affaires d'une autre façon. A l'inverse, l'art. 674 prévoit le cas où l'exécution est terminée, sans que l'exécuteur n'en sache rien. Sans disposition spéciale de la loi, depuis ce moment, les actes de l'exécuteur ne seraient plus valables comme tels, et il n'aurait plus droit à une rétribution en qualité d'exécuteur. Pour éviter ces inconvénients, notre article décide que lorsque l'exécution se termine d'une autre façon que par la révocation, on la considère, en faveur de l'exécuteur, comme se continuant jusqu'à ce que ce dernier obtienne connaissance de l'extinction ou ne puisse plus l'ignorer. Cette prescription pourra trouver son appli-

vollzogenen Testament hat Unser Geistlicher Rath von dem Executore die Rechnung innerhalb Jahr und Tags abzufordern, solche genau zu prüfen, und nach Richtigen Befund das Freisprechungs-Decret zu ertheilen.

Voir d'autres droits cités dans GRUCHOT, *Op. cit.*, p. 226-227 et dans ROTH, *Op. cit.*, p. 813-814.

cation, par exemple, lorsque l'exécuteur aura été nommé sous condition résolutoire, ou que l'administration lui aura été confiée jusqu'à la mort de l'héritier ou jusqu'à un événement à survenir dans la personne de ce dernier.

Enfin notre article 2218 dispose que l'héritier peut réclamer une reddition de compte annuelle lorsque l'administration dure plus d'un an. La mission de l'exécuteur pouvant ne cesser qu'après de nombreuses années, on ne permet pas au testateur de dispenser de la reddition de compte annuelle, ni même de disposer que cette dernière n'aura lieu qu'à de plus longs intervalles parce que cette dispense mettrait l'héritier complètement à la merci de l'exécuteur (1). Le droit du grand duché de Hesse imposait déjà une reddition de compte annuelle, mais le testateur pouvait disposer autrement (art. 217, voir la note).

§ 4. — Responsabilité de l'exécuteur

Lorsque l'exécuteur a rendu compte, on peut savoir s'il a été négligent et apprécier les dommages causés par sa faute. Certains droits le déclareraient responsable du dommage causé par son dol ou sa faute lourde (2), d'autres faisaient même dépendre sa responsabilité de sa faute légère (3). En droit commun prussien, on ad-

(1) M. 5, p. 244.

(2) BAIER. Ldr. III, 2, § 20, n° 3. Nach vollbrachter Execution... ersetzt der Executor anebens allen Schaden, welchen er durch geflissenen Saumsal oder sonst Dolo vel culpa lata an der Verlassenschaft verursacht hat.

(3) SÆCHS. Gb. 2244, déjà cité.

mettait que sa responsabilité était la même que celle du mandataire (1).

L'art. 2219 dispose que, si l'exécuteur enfreint les obligations qui lui incombent, il est responsable du dommage qui en résulte, vis-à-vis de l'héritier et, en tant qu'il y a un legs à accomplir, vis-à-vis du légataire, lorsqu'une faute lui est imputable. Plusieurs exécuteurs fautifs sont tenus comme débiteurs solidaires.

Dans son art. 1908, le premier projet ne parlait que de la responsabilité de l'exécuteur envers l'héritier : ce fut la deuxième commission qui déclara l'exécuteur tenu des manquements fautifs à ses devoirs, envers les légataires dont il doit payer les legs, et qui ajouta aussi que plusieurs exécuteurs sont tenus comme débiteurs solidaires. Cette extension de l'obligation de l'exécuteur fut approuvée parce qu'elle correspond à sa situation complètement indépendante. Pour que le légataire puisse réclamer des dommages-intérêts à l'exécuteur, il faut qu'il ne puisse obtenir satisfaction de l'héritier. Tant qu'il a un droit réalisable contre l'héritier, il n'a souffert aucun dommage et ne peut avoir aucune prétention à des dommages-intérêts contre l'exécuteur, même si c'est par la faute de ce dernier qu'il ne peut être désintéressé.

La responsabilité de l'exécuteur s'apprécie d'après le § 276, qui décide que le débiteur est tenu de son dol et de sa négligence. Agit négligemment, celui qui n'apporte pas dans une affaire le soin nécessaire.

En ce qui concerne les charges, l'art. 2219 dispose que l'exécuteur n'engage pas sa responsabilité vis-à-vis

(1) ROTH. *Op. cit.*, p. 803, note 9. Voir aussi GRUCHOT. *Op. cit.*, p. 227-228.

de celui, en faveur duquel une charge est ordonnée. La prescription limitative du code s'écarte donc considérablement de l'opinion de Beseler, qui admettait que tous les intéressés à la succession, qui avaient souffert un dommage par le dol ou la faute lourde de l'exécuteur, pouvaient réclamer à ce dernier une compensation ; c'est-à-dire les héritiers, les légataires, les créanciers et les débiteurs du testateur selon les circonstances, et d'une façon générale tous ceux qui avaient été touchés dans leur fortune par la gestion de l'exécuteur.

Disons un mot maintenant de l'art. 2220. C'est un complément des articles que nous venons d'étudier. Il décide que : le testateur ne peut libérer l'exécuteur des obligations qui lui incombent, d'après les art. 2215, 2216, 2218 et 2219. Son but est de protéger l'héritier contre les droits absolus et si étendus de l'exécuteur. S'il n'existait pas, le testateur pourrait créer un exécuteur à pouvoirs presque illimités et complètement indépendant.

§ V. — Remise à l'héritier par l'exécuteur des objets dont il n'a plus besoin pour remplir ses devoirs.

L'art. 2217 réglemente cette obligation : « L'exécuteur doit remettre à la libre disposition de l'héritier, sur réclamation de celui-ci, les objets de la succession dont il n'a manifestement plus besoin pour remplir ses obligations. Avec cette remise, s'éteint son droit d'administrer ces objets. § 2 : L'exécuteur peut refuser la remise des objets, en considération d'obligations de la

succession, qui ne reposent pas sur un legs ou une charge, ainsi qu'en considération de legs ou charges conditionnels ou à terme, lorsque l'héritier fournit des sûretés pour le paiement des obligations ou pour l'accomplissement des legs ou charges (1) ».

Cet article a pour but d'empêcher l'exécuteur de restreindre indéfiniment sans besoin les droits de l'héritier, en prétextant que sa mission n'est pas encore terminée. Mais l'homme de confiance du défunt ne souffre, du fait de cette disposition, aucune entrave dans l'exécution de ses obligations, car il n'est tenu de remettre à l'héritier les objets de la succession que lorsque celui-ci les réclame, et lorsqu'il n'en a manifestement plus besoin pour l'exécution de ses devoirs. Le premier projet reconnaissait déjà la nécessité d'une telle disposition ; il contenait une règle à peu près semblable (sauf le mot *manifestement*), dans son art. 1907, que les motifs justifiaient ainsi (2). Le principal devoir de l'exécuteur est d'exécuter la dernière volonté du testateur. Son droit d'administration, qui limite le droit de disposer de l'héritier, n'est qu'un moyen qui sert au but de l'exécution de la dernière volonté... aussi une restriction de ses droits, telle qu'elle est déterminée par l'art. 1907 (ou 2217 actuel), est-elle au fond justifiée et nécessaire, quoiqu'elle diminue considérablement son droit de possession et d'administration.

(1) SÆCHS. Gb. 2243. Die Erben können, falls der Vollzieher mit der Verwaltung beauftragt ist, die Ausantwortung der Erbschaft verlangen... wenn sie nachweisen, dass der letzte Wille bereits ausgeführt worden ist.

(2) M. 5, p. 242.

Le sens et la portée de l'art. 2217 se trouvent précisés dans les travaux de la deuxième Commission (1). L'exécuteur est tenu de remplir les obligations de la succession, non pas d'une façon absolue, mais seulement lorsqu'une administration régulière l'exige et dans le cadre de celle-ci. Il ne faut donc pas entendre l'art. 1907 (2217), de telle façon, que le malentendu puisse naître, que l'exécuteur devra avoir rempli toutes les obligations de la succession, avant que l'art. 1907 s'applique, ou qu'il ne devra remettre qu'une quantité d'objets telle, qu'avec le reste, les obligations en question puissent encore être remplies.

L'art. 1907 doit être compris de telle sorte qu'il réponde à la volonté présumée du testateur. D'un côté, ce dernier n'a pas voulu que la jouissance et l'administration de la succession soient enlevées à son héritier plus longtemps et dans une plus large mesure qu'il n'est nécessaire à l'exécution de la dernière volonté, d'un autre côté, il n'a pas été dans son esprit qu'il faille recourir à des preuves minutieuses pour savoir si la succession doit demeurer encore en la possession de l'exécuteur. C'est pourquoi l'on doit admettre que notre article ne vise que les objets manifestement superflus ; l'héritier n'aura le droit de les réclamer d'après l'art. 2217 que lorsqu'il pourra faire éclater leur superfluité sans s'engager dans des preuves difficiles.

Mais dans certains cas prévus par l'art. 2217, § 2, l'exécuteur devra remettre les objets à l'héritier quoiqu'il en ait encore besoin pour remplir ses devoirs : cela arri-

(1) K. P. 5, p. 313, s.

vera lorsqu'il aura à payer des obligations qui ne reposent pas sur un legs ou une charge, qu'elles soient présentes, conditionnelles ou à terme, ou lorsqu'il s'agira de legs et charges conditionnels ou à terme, si l'héritier fournit des sûretés pour le paiement des obligations ou pour l'accomplissement des legs et charges. Il ne pourra donc garder les objets de la succession qu'autant qu'il en aura besoin pour remplir des legs ou charges sans conditions ni termes, et cela pour qu'il ne puisse pas retarder leur remise prescrite par l'art. 2217, sous prétexte qu'ils lui sont nécessaires pour acquitter des obligations à échéance lointaine. L'art. 1907 du premier projet était moins rigoureux à l'égard de l'exécuteur ; il disposait seulement que : l'exécuteur peut refuser de remettre les objets de la succession, en considération de legs ou charges conditionnels ou à terme, si l'héritier fournit des garanties pour leur accomplissement ». L'exécuteur pouvait donc conserver les objets pour acquitter les obligations ordinaires, présentes, conditionnelles ou à terme. Mais la 2^e Commission lui supprima ce droit, en faisant valoir qu'il importe au testateur que les obligations de la succession soient remplies, mais non de savoir qui les remplira. Les motifs (1) indiquent très bien les raisons qui ont poussé à admettre le § 2 de l'art. 2217. A défaut d'une telle prescription, le devoir de délivrance de l'exécuteur serait retardé jusqu'à l'arrivée de la condition ou jusqu'à ce qu'on soit sûr qu'elle n'arrivera pas, ou jusqu'à l'expiration du délai fixé, parce qu'il devrait conserver les objets qu'il détient pour en tirer les fonds nécessaires au paiement des obligations conditionnelles

(1) M. 5, p. 243.

ou à terme. De cet état de choses pouvaient résulter de graves inconvénients pour l'héritier, qui serait dans certains cas empêché pour un temps très long, peut-être illimité, de disposer, en fait et en droit, des objets de la succession.

A l'inverse de ce que nous avons remarqué pour les obligations que nous avons étudiées jusqu'ici, le testateur peut, s'il estime que la disposition de l'art. 2217 présente des inconvénients, en libérer l'exécuteur. En effet, l'art. 2220 ne mentionne pas l'art. 2217. D'autre part, notre article n'a qu'un champ limité, il ne vise que des objets isolés ; l'exécution entière ne peut être repoussée ou écartée postérieurement par l'héritier qui fournirait des garanties, car elle poursuit d'autres buts que le paiement des obligations de la succession. En outre, si l'administration a été donnée comme devoir autonome à l'exécuteur, ce dernier aura besoin des objets de la succession pour remplir ce devoir et l'art. 2217 ne pourra plus s'appliquer.

Avec la remise de l'objet, s'éteint le droit d'administration que l'exécuteur avait sur lui, et l'héritier acquiert le droit exclusif d'en disposer. Mais une controverse s'est élevée sur le point de savoir si l'effet de cette remise est absolu, ou s'il ne se produit que lorsque l'objet remis est en fait superflu, de sorte que le droit de l'exécuteur revivrait, si plus tard, la preuve est faite qu'il en avait encore besoin. Certains auteurs adoptent cette dernière manière de voir, mais elle doit être repoussée. Le texte fait ressortir que la remise entraîne l'extinction absolue du droit d'administration et cette solution a le mérite de créer une situation nette. Enfin, l'exécuteur n'a aucun droit à réclamer la posses-

sion de l'objet ; la seule action que l'on pourrait songer à lui donner, serait une action en enrichissement sans cause contre l'héritier. Mais à la réflexion, cette idée ne peut se soutenir ; l'héritier, 1° ayant acquis l'objet avec un motif juridique, et 2° ne l'ayant pas acquis aux dépens de l'exécuteur. Nous admettrons donc que lorsque l'exécuteur a remis l'objet, son droit sur lui est définitivement éteint, si l'héritier ne veut pas le lui transmettre à nouveau volontairement (1).

(1) PLANCK SUR 2217 n° 2 et K. P. p. 543.

SECTION VII

PLURALITÉ D'EXÉCUTEURS. MODIFICATIONS QU'ELLE APPORTE AUX DROITS ET DEVOIRS DE CHAQUE EXÉCUTEUR.

Cette pluralité a pour but d'assurer l'exécution contre tout accident : si un ou plusieurs exécuteurs refusent les fonctions ou viennent à défaillir, il en restera toujours au moins un, selon toute probabilité, pour accomplir la dernière volonté. Dans le très ancien droit, on avait coutume de nommer régulièrement plusieurs exécuteurs et en même temps de déterminer s'ils auraient à agir isolément ou en commun et dans quelle mesure. Dans la législation antérieure au code, la nomination de plusieurs exécuteurs était généralement possible ; en général, ils devaient agir ensemble (si le testateur n'avait pas précisé leurs attributions) (2), en cas

(1) STOBBE. *Op. cit.*, p. 265-266.

(2) WUERTTEMB. Ldr., Th. III, Tit. 27, § 3. Und da der Executorn mehr dann einer, sollen sie diss und anders, so ihnen vom Testierer auferlegt, mit einhelligem Rath verrichten ; Es were dann vom Testierer austruckenlich versehen, oder einer durch Krankheit, oder unvermeidliches verraissen verhindert ; Alsdann möegen die andern (einer oder mehr) dess Testierers gebührlich verordneten letzten Willen bewohlener massen verrichten.

Frankf. Reform., Th. IV, Tit. 11 § 6. Und so ihre der Testamen

de dissentiment, la majorité ou le juge de la succession décidait, et l'on admettait que dans cette hypothèse, chacun d'eux pouvait provoquer une décision sur leur désaccord (3). Si l'un d'eux n'acceptait pas la mission ou mourait, d'après quelques droits particuliers, les autres pouvaient choisir un successeur, ou le tribunal lui désigner un remplaçant. Pourtant, cette pratique ne devait être admise que là où elle était prescrite par la loi. Dans le cas contraire, les autres continuaient l'exécution seuls. Sächs. Gb. art. 2236 (4).

tarien mehr als einer weren, So soll keiner allein, und ohn der andern seiner Mittestamentarien Vorwissen, Willen und Zuthun (Es were dann deren einer in geschefften verweist) der Execution sich underziehen. — Chur. Pfaltz bey Rhein erneuert. Ldr., Th. III. Tit. 28, § 3. Jedoch, wo der testirer vermeldet hette, was der testamentarien jeder besonders zu thun und zu verrichten, oder einer under den andern, ebehaften verhindernuss hette, alsdann sollen und möegen die, oder der ander, in der execution des letzten willens, ungeirret der andern abwesens, fortfahren. — Baier. Ldr. III, 2 § 19, 1-2. Wenn der Verstorbene mehrere Executoren zugleich benannt, und jedem nur einen gewissen Theil der Verlassenschaft zur Execution anvertraut hat, so soll auch jeder bey seinen ausgezeigten Antheile, und zwar in obbeschriebenen Maasse verbleiben. Ist aber keine Abtheilung unter ihnen gemacht, so kann einer ohne den anderen nichts thun, ausgenommen, da sich einer der Coexecution völlig entschlägt, oder durch Krankheit, Abwesenheit und dergleichen Ursachen daran gehindert ist. Voir également FRANK., L. g. o LXXI, 8 et SCHWEINFURT, St. XI, I, 3, dans ROTH, § 391, note 14. Une décrétale de Boniface VIII, cap. 2, § 1 *in sexto de test.* 3. 11 contenait déjà des dispositions semblables: Sane pluribus a testatore simpliciter executoribus deputatis. uno eorum mortuo vel in remotis agente aut id exequi forte nolente, ne voluntatem testatoris impediri vel nimium differri contingat: poterit alius nisi testator aliud expresserit, officium inunctæ libere adimplere.

(3) BAIER. Ldr. III, 2 §, 19, n° 3. Sind die Executoren in ihren Meinungen gespalten, so gehet es nach den mehreren Stimmen, oder wenn diese allenfalls gleich sind, nach richterlichem Ausspruche

(4) Sind mehrere Vollzieher eines letzten Willens ernannt und

Comme la volonté du défunt est toujours prépondérante, même sous l'empire du code, l'art. 2224 n'établit de règles que pour les cas où le testateur n'a pas pris de dispositions différentes. Il peut, par exemple, décider que chaque exécuteur ne sera nommé que pour un cercle d'affaires déterminées, donner à l'un la haute direction, leur laisser même le soin de répartir les affaires entre eux, etc. Ceci posé, l'article 2224 décide que : lorsqu'il y a plusieurs exécuteurs, ils gèrent en commun ; en cas de désaccord, le tribunal de la succession décide. Si l'un d'eux vient à défaillir, ceux qui restent gèrent seuls. Le testateur peut prendre des dispositions qui s'écartent de celles-là. § 2 : Chaque exécuteur est autorisé, sans le consentement des autres, à prendre les mesures nécessaires pour la conservation d'un objet de la succession soumis à l'administration commune ».

Somme toute, le code a consacré les règles généralement admises avant lui. Elles se trouvaient déjà sous une autre forme, dans le premier projet, sauf celle qui laisse la décision du dissentiment au tribunal et qui n'a été admise, comme nous le verrons plus loin, qu'avec beaucoup de difficultés.

Reprenons les différentes dispositions de notre article : lorsqu'il y a plusieurs exécuteurs... si l'un d'eux vient à défaillir, ceux qui restent gèrent seuls. Avant le code,

können oder wollen einer oder einige das Geschäft nicht übernehmen, oder treten von Mehreren, welche die Vollziehung des letzten Willens übernommen haben, einer oder einige zurück, so sind, in Ermangelung anderer Bestimmung, die übrigen zur alleinigen Uebnahme oder Fortführung des Geschäfts berechtigt. Id. Hess. Entw. art. 207. Mommsen. Entw. art. 183. STOBBE. *Op. cit.*, p. 268. Voir aussi BESELER, Z. p. 200.

on était déjà à peu près d'accord sur ce point, comme on peut s'en convaincre par ce passage de Beseler (1). Cette question a été discutée souvent et a conduit à maintes controverses ; pourtant, cette opinion a été presque généralement admise comme juste, que les exécuteurs nommés en commun, entre lesquels les affaires ne sont pas spécialement partagées, ont à les gérer le plus possible ensemble : mais que, lorsque l'un d'eux est empêché d'y participer et que les circonstances ne permettent raisonnablement pas un retard, l'autre peut agir valablement même seul... Ce qui est exact ici, c'est que le simple exécuteur spécial n'a absolument pas à s'occuper des affaires qui ne lui ont pas été confiées et que, lorsque de plusieurs exécuteurs nommés en commun, l'un vient à défaillir, pour le remplacement duquel des mesures n'ont pas été prises, les autres continuent l'exécution, sans avoir à le remplacer.

Ces deux parties de l'article 2204 n'ont donné lieu à aucune difficulté ; elles ont passé de l'ancien droit dans le premier projet, qui admet déjà qu'à défaut de volontés spécialement exprimées par le testateur, plusieurs exécuteurs ne peuvent agir qu'ensemble et que si l'un d'eux vient à défaillir, il doit être regardé, par rapport au temps postérieur à sa défaillance, comme non nommé (art. 1893). De là, elles ont été reçues dans le code.

Mais la question de savoir à qui devait appartenir le droit de trancher les différends entre exécuteurs, donna lieu à de nombreuses discussions. On se trouvait en

(1) Z., p. 200.

effet en face d'opinions diverses : certains droits renvoyaient à la décision du tribunal de la succession, d'autres à celle de la majorité des exécuteurs, et enfin des auteurs soutenaient qu'il fallait dans ce cas recourir à un procès ordinaire entre les exécuteurs (1). Le premier projet prit le parti de ne pas donner de règle sur ce point (2) en ajoutant qu'il ne fallait pas charger le tribunal du soin de trancher les conflits, parce que cela ne concorderait pas avec la situation qui lui est assignée par le projet, et que d'autre part, un besoin pratique pressant ne se fait pas sentir de donner au tribunal de la succession des fonctions semblables à celles qui incombent au tribunal de tutelle, dans le cas de désaccord de plusieurs tuteurs ou curateurs. En effet, dans le cas d'exécution, l'intérêt privé de personnes en état de faire valoir leurs droits elles-mêmes, est seul en cause.

On présenta à la deuxième Commission un projet qui confiait la décision au tribunal (3). Son auteur l'appuyait de la façon suivante : il faut donner un moyen de trancher le conflit de plusieurs opinions, et il semble hasardeux, devant la variété des essais tentés jusque là par la législation et la science, de ne pas venir en aide à la pratique par une décision légale. Le projet présenté se recommande comme pouvant facilement atteindre le but poursuivi, et la solution qu'il préconise a déjà réuni de nombreux suffrages dans les divers droits et chez les auteurs.

La majorité n'accepta pourtant pas ses conclusions.

(1) Koch. *Op. cit.*, p. 347 s.

(2) M. t. V, p. 223.

(3) K. P. t. V, p. 256.

Elle tint pour plus exact, avec le premier projet, de ne pas admettre de prescription sur ce point dans le code. Outre les arguments des Motifs, elle fit valoir que le juge de la succession auquel sont en général inconnues les circonstances intimes de l'affaire, semble peu propre à prendre une décision convenable dans les difficiles questions de fait qui donneront ordinairement lieu à des désaccords. On ne peut pas non plus laisser aux exécuteurs, qui s'effraient de leur responsabilité dans une affaire importante, la possibilité de faire prendre à leur place une décision au tribunal sous le prétexte d'un dissentiment. Mais ce qui doit être décisif, c'est que la volonté du testateur, lorsqu'il n'a pas prévu, en nommant plusieurs exécuteurs, le cas de différends, doit être interprétée ainsi : l'unanimité sera nécessaire pour toutes les décisions. Il restera toujours comme ultime ressource la destitution de l'exécuteur isolé qui s'obstine à contredire (1).

Une telle conclusion ne pouvait être adoptée ; aussi le Reichstag revint-il, dans son article 2198, sur les travaux de la deuxième Commission et finit-il par donner comme règle la disposition actuelle du code.

Mais certains cas exigent des mesures urgentes et l'on arriverait à léser les intérêts de la succession, si l'on n'apportait aucune dérogation à la règle que plusieurs exécuteurs ne doivent agir qu'ensemble, après s'être mis d'accord.

Le § 2 de l'art. 2224 prévoit ce danger et le prévient en disposant que chaque exécuteur est autorisé, sans l'assentiment des autres exécuteurs, à prendre les me-

(1) K. P. t. V, p. 256.

sures nécessaires à la conservation d'un objet de la succession soumis à l'administration commune. La situation du § dans l'article après ces mots : « le testateur peut prendre d'autres dispositions », semble conduire à cette solution que ce dernier ne pourra enlever ce droit à l'exécuteur. Il faut admettre que le droit en question est ferme, autonome, et qu'il ne peut être diminué ni par le tribunal ni par une décision de la majorité. Mais en dehors du cas de conservation d'un objet de la succession, l'exécuteur ne peut plus agir de façon indépendante, même s'il y a péril en la demeure, sous peine d'engager sa responsabilité (1). En outre, il aura à examiner, dans l'hypothèse même de l'art. 2224, § 2, si les mesures qu'il va prendre, surtout le rapport entre les dépenses à faire et le but à atteindre, correspondent aux principes d'une administration régulière ; car dans le cas contraire, il engagerait sa responsabilité.

(1) COSACK. *op. cit.*, II, § 395, n. 34.

QUATRIÈME PARTIE

MODIFICATIONS APPORTÉES A LA SITUATION JURIDIQUE DE L'HÉRITIER ET DES TIERS PAR LA NOMINATION D'UN EXÉCUTEUR

§ 1. — Restrictions apportées au droit de disposer de l'héritier.

L'art. 2211 décide que : « l'héritier ne peut pas disposer d'un objet de la succession soumis à l'administration de l'exécuteur. § 2: Les prescriptions en faveur de ceux qui tirent leurs droits d'un non propriétaire s'appliquent ». (Le premier projet contenait déjà une règle semblable, dans son art. 1901.) Cet article a pour but d'empêcher l'héritier de soustraire à l'action de l'exécuteur les biens sur lesquels ce dernier doit exercer son administration. Aussi n'a-t-il trait qu'au droit réel de disposer d'objets isolés de la succession. L'héritier peut se lier obligatoirement, les contrats obligatoires de toute sorte, même la vente de l'hérédité, lui sont permis, avec cette réserve toutefois que leur exécution ne pourra avoir lieu pendant la durée de l'administration. Il va de soi que l'art. 2211 ne vise pas non plus le cas où l'exécuteur a remis à l'héritier des objets isolés dont

il n'a plus besoin pour remplir ses devoirs ; ce dernier peut alors en disposer librement (1).

Le droit de disposer est enlevé à l'héritier dès l'ouverture de la succession et non pas seulement depuis que l'exécuteur a commencé ses fonctions. Cette opinion est la seule acceptable dans le silence de la loi, la théorie contraire rendrait nulle la prescription de l'art. 2211 en permettant à l'héritier de disposer pendant le temps intermédiaire.

Qu'arrivera-t-il maintenant si l'héritier dispose d'un objet malgré l'art. 2211 ? La question fut controversée lors des travaux de la deuxième Commission (2). Les uns estimaient que l'on se trouvait en présence d'une nullité absolue, d'autres se contentaient d'une nullité relative : ils faisaient valoir que le but de l'art. 1901, qui est d'empêcher l'héritier de rendre illusoire la puissance de l'exécuteur, ne réclame pas une nullité absolue, et qu'il faut plutôt accueillir ici les règles sur la validation des dispositions nulles, ainsi que celles édictées en faveur des personnes qui tirent leurs droits d'un non-propriétaire. La défense d'aliéner n'est que relative, on ne se trouve pas ici en présence d'un intérêt public exigeant une interdiction absolue du droit de disposer et entraînant ensuite une nullité absolue. L'art. 2211 ne protège qu'un certain nombre de personnes : l'exécuteur, et celles dont il doit défendre les intérêts ; celles-là seules pourront proposer la nullité. Cette opinion triompha. Une disposition de l'héritier, faite à l'encontre de l'art. 2211, pourra donc devenir valable d'après

(1) M. 5. p. 233.

(2) K. P. 5. p. 286.

les principes généraux de la validation ; par exemple, si elle est ratifiée par l'exécuteur. En outre, l'extinction du droit d'administration la rendra inattaquable, sans que l'héritier ait besoin de la confirmer.

Par suite, il pourra disposer, pendant l'exécution, d'objets de la succession, avec la réserve, que cette aliénation vaudra seulement au cas où le libre droit de disposer de l'objet lui reviendra plus tard. Il pourra transmettre à un tiers, avec effet conditionnel, la propriété de choses mobilières, administrées par l'exécuteur (art. 931). Il pourra aussi fonder ou transmettre avec le même effet des droits sur des immeubles, lorsque, bien entendu, une déclaration de transmission conditionnelle n'est pas nulle (voir par ex. : art. 925). Mais si l'exécuteur dispose du même objet, car il n'est pas lié par cette disposition conditionnelle, son aliénation passe avant celle de l'héritier et la rend inefficace (1).

L'art. 2211 protège ensuite, dans son § 2, les tiers de bonne foi, qui ont acquis de l'héritier, par un acte juridique, un objet de la succession soumis à l'administration de l'exécuteur ou un droit sur cet objet. Mais ce § 2 n'aura pas souvent l'occasion d'être appliqué, car l'acquéreur aura en général montré une négligence assez grande pour exclure sa bonne foi ; en matière mobilière, s'il savait que la chose appartenait à une succession, il n'avait qu'à se renseigner pour savoir si cette dernière était soumise à une exécution ; en matière immobilière, la présomption de bonne foi sera encore plus faible, le tiers pouvant connaître par le Grund-

(1) PLANCK, sur 2211, n° 4.

bach la restriction apportée au droit de disposer de l'héritier (*id.*).

§ 2. Limitation apportée au droit de l'héritier d'intenter des procès pour la succession et d'y défendre.

Les droits particuliers et les auteurs faisaient à l'exécuteur, dans les procès relatifs à la succession, des situations extrêmement variables (1). Mais comme une opinion générale ne s'était pas formée, que le code aurait rejetée ou approuvée, et que par suite la connaissance de ces théories diverses ne nous serait pas d'une grande utilité pour l'étude des articles actuels relatifs à cette matière, nous passerons sous silence l'état du droit antérieur, pour aborder directement l'examen des règles en vigueur.

A. — L'exécuteur seul peut faire valoir en justice les droits soumis à son administration (art. 2.212).

L'art. 1903 du premier projet contenait déjà une disposition semblable : « l'exécuteur seul est autorisé, comme représentant légal de l'héritier, aussi longtemps que le pouvoir de ce dernier de disposer d'un droit est exclu d'après l'art. 1901, à intenter un procès dans lequel on fait valoir un droit appartenant à la succession ». On a reconnu sans difficulté à l'exécuteur le droit d'intenter des procès : lorsque le code l'autorise et l'oblige, à l'ex-

(1) ROTH. *op. cit.* p. 808 et notes 34-35. GRUCHOT. *op. cit.* p. 232 s. STOBBE, *op. cit.* p. 272-273. MEISCHNER, *op. cit.*, p. 504.

clusion de l'héritier, à réunir et à réaliser la succession (2241, 2205), le pouvoir lui est déjà donné, de faire valoir en justice les droits héréditaires. Mais un doute pourrait encore s'élever sur le point de savoir si l'héritier peut agir également dans ce sens de façon autonome. Le contraire ne résulte pas de ce fait qu'il ne peut disposer. Faire un procès sur un droit n'est pas, en règle générale, la même chose que disposer de ce droit. D'où la décision du code ; sans cette disposition, l'héritier pourrait contrecarrer l'exécuteur et rendre vains ses efforts pour réaliser la succession (1).

La deuxième Commission rejeta la conception de l'exécuteur, représentant légal de l'héritier, sur laquelle le premier projet fondait les droits de participer aux procès, qu'il reconnaissait à l'exécuteur. Mais tout le monde fut d'accord pour dire que l'exécuteur peut faire valoir, par procès, un droit soumis à son administration.

Par contre, la lutte fut vive pour arriver à décider quels effets devaient être reconnus au jugement par lui obtenu. Les uns lui refusaient tout effet pour ou contre l'héritier, 2° d'autres lui accordaient effet pour et contre l'héritier, 3° une troisième opinion ne concédait au jugement un tel effet que lorsque l'exécuteur était appelé à l'administration de toute la succession, 4° en quatrième lieu, le jugement produisait effet pour et contre l'héritier, lorsque l'exécuteur pouvait disposer de la chose litigieuse ; 5° un dernier projet accordait cet effet au jugement, lorsqu'il intervenait dans un procès sur un droit soumis à l'administration de l'exécuteur.

Cette dernière proposition fut d'abord vivement attaquée. par ceux qui voulaient faire triompher l'opinion

(1) M. 5. p. 235.

refusant au jugement obtenu par l'exécuteur tout effet pour et contre l'héritier. Ils objectèrent que l'on allait trop loin en permettant à l'exécuteur, qui n'est pas le représentant de l'héritier, de faire fixer d'une façon absolue le sort d'un droit soumis à son administration. On ne doit pas faire perdre à l'héritier son droit, parce qu'un jugement injuste a été obtenu contre l'exécuteur. Un tel principe dépasserait d'autant plus le but qu'il n'est pas du devoir propre de l'exécuteur de faire valoir les droits actifs du testateur. On ne peut étendre le pouvoir du premier plus que le but de l'exécution ne l'exige. Or ce but ne demande pas que le jugement produise effet contre l'héritier. On ne peut pas non plus dire que le tiers, avec lequel l'exécuteur a eu un procès, éprouve un trop grand dommage, parce qu'on refuse au jugement tout effet contre l'héritier. Certainement, on ne peut nier qu'un procès de la part de ce dernier molesterait le tiers. Seulement, dans d'autres cas, le tiers n'est pas non plus protégé, notamment le propriétaire n'est pas tenu d'acquiescer à un jugement rendu contre l'usufruitier. Mais abstraction faite de cela, aucune difficulté ne naîtrait, en pratique, du refus d'effet aux jugements en question. Car s'ils ont été rendus, dans des procès avec l'exécuteur, après une procédure régulière, leur effet moral sera tel que l'héritier ne protestera pas. Et s'il protestait, le tiers pourrait compter que le jugement rendu contre l'exécuteur ne sera remplacé, après le procès intenté par l'héritier, par une décision opposée, que dans des circonstances tout à fait exceptionnelles (1).

(1) K. P. 5; p. 289.

Mais cette proposition finit pourtant par triompher ; on fit valoir en sa faveur les arguments suivants : d'après les décisions prises sur l'art. 1899, l'exécuteur a le droit de disposer des objets soumis à son administration, et ses agissements obligent l'héritier d'une façon absolue, sur toute la succession, lorsque ce dernier n'a pas le bénéfice d'inventaire. On ne voit pas maintenant pourquoi l'exécuteur pourrait obliger l'héritier en dehors d'un procès, mais non après un jugement. L'équité, le but poursuivi, et surtout la considération de l'adversaire au procès forcent à ne pas refuser effet pour et contre l'héritier au jugement intervenu dans le procès intenté par l'exécuteur. Mais si on ne nie pas l'effet contre l'héritier, il reste toujours cette question : doit-on l'admettre purement et simplement ou seulement dans certaines limites ?... A cette question, on répondit qu'il n'y a aucun motif de restreindre l'effet pour et contre l'héritier, au cas où l'exécuteur administre toute la succession : les raisons qui font reconnaître effet au jugement vis-à-vis de l'héritier sont également valables lorsque l'exécuteur n'administre qu'une partie de la succession. A ce principe que l'exécuteur peut faire valoir en justice un droit soumis à son administration correspond la règle qu'effet est inhérent, pour et contre l'héritier, au jugement, en tant qu'il a été rendu sur un droit soumis à cette administration. Cette règle est juste, elle satisfait la volonté du défunt et l'intérêt des tiers et doit par suite être acceptée (1).

L'exécuteur pourra donc agir en paiement des créances

(1) K. P. 5, p. 290, s.

de la succession, dans les limites de son droit d'administration; proposer la compensation, agir reconventionnellement, faire valoir des exceptions, etc. Mais les actions relatives au droit héréditaire lui-même ne lui appartiennent pas. Par exemple, il n'a pas à intenter un procès pour savoir si une disposition de dernière volonté est valable. C'est l'affaire de l'héritier (2018).

Ce qu'il importe de faire ressortir, c'est que l'exécuteur, dans la mesure où il a le droit d'intenter des procès et aussi d'y défendre, n'est plus un représentant légal de l'héritier, mais partie au procès. Il agit en son nom personnel et en vertu d'un droit propre; cette situation est d'ailleurs une conséquence de l'indépendance et de l'autonomie que le code a entendu lui assurer (1).

B. — *Qui doit-on actionner dans les procès intentés contre la succession.*

L'art. 2213 répond à cette question : on peut faire valoir en justice aussi bien contre l'héritier que contre l'exécuteur, une prétention sur la succession. Si l'administration de la succession n'appartient pas à l'exécuteur, on ne peut agir que contre l'héritier, même si l'exécuteur a l'administration de la succession. § 2 : La prescription de l'art. 1958 ne s'applique pas à l'exécuteur. § 3 : Un créancier de la succession qui fait valoir sa prétention contre l'héritier peut la faire valoir aussi contre l'exécuteur dans le but que celui-ci supporte l'exécution

(1) K. P., 5. p. 289. ENDEMANN, *op. cit.*, p. 230; PLANCK, *op. cit.*, sur 2212-2214, n° 2.

forcée sur les objets de la succession soumis à son administration ».

Le § 1 de l'art. 2213 réglemente deux cas bien distincts : 1^o celui où l'exécuteur n'a pas l'administration de la succession ; 2^o celui où ce droit lui a été donné ; dans le premier cas, il ne peut défendre à un procès intenté contre la succession ; dans le second, il peut être actionné, mais son droit comme défendeur est beaucoup moins étendu que celui que l'art. 2212 lui accorde comme demandeur ; en effet, le tiers n'est pas forcé d'agir contre lui seul, il peut s'adresser aussi à l'héritier, et même s'il réclame un droit de réserve, il ne peut attaquer que l'héritier. Reprenons successivement ces diverses hypothèses.

I. — L'exécuteur n'a pas l'administration ; on ne pourra agir que contre l'héritier, qui est débiteur, mais qui pourra n'être tenu que jusqu'à concurrence de la succession, s'il a fait inventaire. Dans le cas contraire, il répondra aussi sur sa fortune propre.

II. — L'exécuteur a l'administration de la succession. Dans ce cas, l'action peut être intentée aussi bien contre lui que contre l'héritier ; contre lui, parce qu'il est en possession de la succession et qu'il est difficile, étant donné ses pouvoirs étendus, de lui refuser le droit de défendre à un procès ; contre l'héritier, parce qu'il est le véritable débiteur des obligations de la succession.

L'art. 1903 du premier projet ne permettait jamais d'agir contre l'exécuteur, il disposait que : un procès par lequel on fait valoir une obligation de la succession doit être intenté contre l'héritier. La deuxième commission repoussa ce point de vue et admit les principes

suivants : l'action peut être intentée contre l'exécuteur, à condition qu'il paie les obligations avec les objets de la succession soumis à son administration ; 2° chaque créancier de la succession peut agir aussi contre les héritiers ; cette proposition fut fondée sur ce que l'héritier est tenu personnellement des obligations de la succession, et que le créancier doit pouvoir s'attaquer à sa fortune, ce qui est seulement possible après un procès engagé contre lui ; le jugement rendu contradictoirement avec l'héritier est sans effet vis-à-vis de l'exécuteur, mais la question de savoir si le jugement intervenu entre l'exécuteur et un tiers produit effet vis-à-vis de l'héritier, fut controversée. On reproduisit les projets que nous avons déjà vus à propos du droit de l'exécuteur d'intenter des actions : 1° effet pour et contre l'héritier, 2° effet pour et contre lui, lorsque l'administration de l'exécuteur s'étend à toute la succession.

Les deux projets supposent comme allant de soi, que l'héritier peut profiter du bénéfice d'inventaire, à l'égard des obligations provenant de jugements rendus contre l'exécuteur, mais que, s'il n'a pas fait inventaire, il est tenu de ces obligations sur sa fortune propre ; 3° tout effet est refusé contre l'héritier ; 4° on accorde au jugement effet pour et contre l'héritier seulement lorsque l'exécuteur est autorisé à contracter des obligations de façon illimitée.

Dans la délibération, on commença par approuver le projet refusant tout effet pour et contre l'héritier, comme on l'avait déjà fait pour le cas où l'exécuteur est demandeur. Mais après des discussions longues et assez confuses, on finit par donner la même solution pour les deux cas, c'est-à-dire que l'on admit que les jugements

intervenues vis-à-vis de l'exécuteur comme défendeur auraient effet pour et contre l'héritier (1). Si le tiers gagne son procès, il pourra procéder à l'exécution forcée sur les biens soumis à l'exécution, sans avoir besoin d'un jugement contre l'héritier.

Mais notre article prévoit un cas où l'exécuteur ne pourra être actionné, même s'il a le droit d'administration. C'est celui où il s'agit de droits de réserve. Cependant il faut distinguer si le droit de réserve forme l'objet principal du procès, ou s'il ne s'y rattache que comme question incidente. Ce second cas, ne souffre pas de difficultés, l'exécuteur pourra défendre au procès, mais dans cette hypothèse, le jugement, et cela va de soi n'a d'effet qu'entre l'exécuteur et son adversaire. Dans le premier cas, lorsque le droit de réserve forme l'objet principal du procès, l'exécuteur n'est pas autorisé à agir comme défendeur, car c'est l'héritier qui est ici le vrai défendeur. Toutefois, le réservataire peut vouloir s'en tenir à la succession seule pour être rempli de son droit ; rien ne l'empêchera alors d'actionner l'exécuteur à côté de l'héritier (2).

Les §§ 2 et 3 de l'art. 2213 nous retiendront moins longtemps que le § 1. Le § 2 décide que la prescription de l'art. 1958 ne s'applique pas à l'exécuteur. Cet art. 1958 est ainsi conçu : avant l'acceptation de la succession, on ne peut faire valoir en justice contre l'héritier, une prétention sur la succession. De la disposition de l'art. 2213. découle cette conséquence qu'on peut faire valoir une prétention sur la succession, contre l'exécuteur, lorsqu'il est entré en fonctions, sans avoir à se

(1) K. P. 5, p. 533 s.

(2) K. P. 5, p. 299-301.

préoccuper du point de savoir si l'héritier a déjà accepté l'hérédité.

Le § 3 ajoute enfin que le créancier de la succession qui agit contre l'héritier peut agir aussi contre l'exécuteur, pour que celui-ci supporte l'exécution forcée sur les objets soumis à son administration. Cela se comprend de soi, car le jugement obtenu contre l'héritier n'a aucun effet contre l'exécuteur et les objets soumis à son administration.

Pour nous résumer, si l'on agit contre l'héritier, celui-ci sera tenu sur toute sa fortune, s'il n'a pas fait inventaire ; dans le cas contraire, sur la succession seulement. Mais si l'on a poursuivi l'héritier et que l'on veuille exécuter le jugement sur les objets soumis à l'administration de l'exécuteur, on devra en outre agir contre l'exécuteur pour qu'il supporte l'exécution sur ces objets. Enfin si l'on a assigné l'exécuteur, le jugement a effet pour et contre l'héritier, et on pourra poursuivre son exécution sur la succession, sans avoir besoin d'un titre exécutoire contre l'héritier (1).

§ III. — Impossibilité pour les créanciers de l'héritier, de s'attaquer aux objets soumis à l'administration de l'exécuteur.

L'art. 2214 dispose que les créanciers de l'héritier qui n'appartiennent pas aux créanciers de la succession, ne

(1) L'article 1904, § 1 et 2. du premier projet disposait que : pour l'exécution forcée sur les objets appartenant à la succession, un titre exécutoire contre l'héritier est nécessaire et suffisant. Pour l'exécution forcée sur les objets qui se trouvent en la possession de l'exécu-

peuvent s'attaquer aux objets de la succession soumis à l'administration de l'exécuteur. Cette règle est beaucoup plus nette que celle du premier projet, qui décidait dans son article 1904, § 3, que l'exécuteur est autorisé à former opposition à l'exécution forcée, lorsqu'elle ferait tort au paiement des obligations de la succession, sauf si elle a lieu à cause d'une dette de la succession. Les motifs justifiaient cette prescription de la façon suivante (1) : en principe, il faut approuver la conception, qui, par rapport à l'exécution forcée dirigée contre l'héritier, considère comme une seule fortune la succession et la fortune de l'héritier. Mais ce principe ne peut être admis sans exception, car autrement, l'héritier pourrait, par des machinations contre lesquelles l'exécuteur serait impuissant, lui arracher des mains la succession et rendre vain l'emploi de cette dernière suivant les mesures prises par le testateur. C'est pourquoi on donne le droit d'opposition à l'exécuteur, qui pourra alors empêcher que la succession ne soit abandonnée aux créanciers personnels de l'héritier, tant qu'il y aura des personnes à désintéresser comme créanciers de la succession, tant qu'il y aura des charges à exécuter aux dépens de la succession. Mais ce droit d'opposition doit cesser, lorsqu'une personne veut l'exécution forcée, qui prouve qu'elle n'appartient pas aux créanciers personnels de l'héritier. Cette preuve faite, c'est à ceux qui se trouvent dans une telle situation de faire valoir leurs droits de préférence.

teur, un titre exécutoire contre l'exécuteur, outre le titre exécutoire contre l'héritier, est pourtant nécessaire pour qu'il la supporte, lorsque, par elle, la possession lui sera enlevée.

(1) M., 5, p. 238.

Si bien que les choses se passaient de la façon suivante : pour l'exécution forcée contre la succession non soumise à l'administration de l'exécuteur, un titre exécutoire contre l'héritier suffisait ; pour l'exécution forcée contre les objets en la possession de l'exécuteur, il fallait ce même titre, plus un titre contre l'exécuteur, qui devait la supporter si elle avait lieu par suite d'une obligation de la succession. Sinon, il pouvait former opposition, lorsqu'elle préjudiciait au remplissement des obligations de la succession (cette dernière règle vise le cas où des créanciers personnels de l'héritier demandent à être payés).

La disposition du premier projet aboutissait, en fait, à peu près au même résultat que celle de l'art. 2214. Mais notre article a l'avantage de s'appliquer automatiquement et de ne laisser place à aucune défaillance de l'exécuteur. Un créancier personnel de l'héritier ne peut plus demander l'exécution forcée contre un objet soumis à l'administration de l'exécuteur, quitte à voir ce dernier s'y opposer. La demande est irrecevable, sans autres constatations.

Le motif de la prescription de l'art. 2214 se trouve dans la situation de l'exécuteur. Elle ne se fonde pas sur le droit de séparation des patrimoines des créanciers de la succession, mais sur la situation juridique particulière que la loi assigne à l'exécuteur, et en conséquence de laquelle la succession est soumise à son administration et à son droit de disposition pour qu'il l'emploie dans le but de l'exécution des dispositions de dernière volonté du testateur et pour le paiement des

obligations de la succession (1). Mais si la disposition de l'art. 2214 n'est pas basée sur un droit de séparation des patrimoines, elle équivaut pratiquement à une telle séparation.

(1) M. 5, p. 239.

CONCLUSION

Nous savons que la deuxième commission a repoussé la théorie du premier projet qui voyait dans l'exécuteur un représentant légal de l'héritier, et qu'elle a voulu lui donner un droit large et indépendant.

Maintenant quel est ce droit ? Les délibérations et le code n'en disent rien. Toutefois, elle a indiqué dans un passage fondamental les principes et les motifs qui l'ont poussé à faire à l'exécuteur une situation tout autre que celle qui lui était accordée par le premier projet et il semble assez facile de tirer, des prémisses qu'elle a posées, la conclusion ferme qu'elle a oublié de donner.

Quoique nous ayons déjà cité ce passage, il convient de rappeler ici ses traits essentiels. L'exécution est née de l'institution du Treuhænder et du Salmann ; c'est pour cela que primitivement, on avait accordé à l'exécuteur la propriété des objets appartenant à la succession, propriété à laquelle il renonçait suivant les besoins de l'exécution de la dernière volonté. Plus tard, on se persuada qu'il était contraire à la volonté du testateur de faire de l'exécuteur un propriétaire. Beaucoup de droits particuliers, en exagérant cette idée, ont restreint la si-

tuation de l'exécuteur dans une trop grande mesure. Et le premier projet a suivi ces législations dans ce mouvement rétrograde. Mais dans un code nouveau, il faut rattacher les dispositions à prendre au développement historique et reconnaître à l'exécuteur une situation plus libre qu'auparavant (1).

La deuxième commission veut visiblement faire descendre l'exécuteur actuel de l'ancien Treuhänder; cette indication doit être le point de départ de toutes les recherches sur la nature de son droit, et c'est justement sur elle que s'est basé Schultze, dont nous adopterons les conclusions, pour sa construction juridique de l'exécution.

Cet auteur remarque que d'après l'art. 2211, la propriété de l'héritier sur la succession subit une restriction du même genre que celle que causerait un droit réel.

Cette restriction entraîne, comme contre-partie, un droit réel limité de l'exécuteur sur la succession.

C'est un droit réel, car il remplit toutes les conditions nécessaires : domination immédiate, possession, administration, disposition (art. 2205) et il a un effet absolu envers les héritiers et les tiers. C'est un droit sur la succession considérée comme un ensemble de biens et propriété de l'héritier. Ce que l'exécuteur acquiert par des actes juridiques, avec les ressources de la succession, devient partie de la succession et propriété de l'héritier, mais propriété grevée d'un droit réel, en faveur de l'exécution. Enfin c'est un droit réel, limité, d'une nature spéciale, ce qui n'a rien d'étonnant, car

(1) K. P. 5, p. 281.

de tels droits se rencontrent dans le code, si l'on s'en tient à son contenu matériel, et non pas à son système et à sa forme (1).

C'est un droit très étendu. Des droits de ce genre, très larges, qui vont jusqu'à ressembler à la propriété, ne manquent ni dans l'ancien droit, ni dans le droit moderne, ni dans le code, ni en dehors de lui (2).

Ce pouvoir juridique de l'exécuteur sur la succession est le seul historiquement fondé. L'exécuteur du code, type normal, est l'exécuteur universel du droit italien, tel qu'il a été reçu en Allemagne, exécuteur universel qui est lui-même le successeur romanisé du *dispensator*, *distributor omnium bonorum* lombard. Après la romanisation, la nécessité d'une institution d'héritier comme *caput ac fundamentum testamenti* ne fut pas admise ; l'exécuteur universel conserva les attributions d'un héritier et d'un propriétaire par rapport à toute la succession, mais temporairement seulement.

Lorsque l'usage vint de cumuler l'institution d'héritier et la nomination d'un exécuteur universel, ce dernier ne put plus conserver sa situation d'héritier et de propriétaire. Il dut se contenter d'un droit réel sur la chose d'autrui, mais comme ses droits d'administration et de disposition devaient lui être conservés, ce droit réel fut très étendu et semblable à la propriété. C'est à ce stade de l'évolution qu'il faut s'en tenir pour la détermination de la nature du pouvoir accordé à l'exécuteur par le code.

L'exécuteur a donc sur la succession un droit réel

(1) *Op. cit.*, p. 25 s.

(2) *Id.* p. 76.

d'une nature spéciale, qui trouve ses bornes dans le but poursuivi, qui n'est pas la propriété, car elle appartient à l'héritier, mais qui s'en rapproche, un droit qui lui est propre, mais qu'il n'exerce pas dans son propre intérêt. C'est un Treuhänder au sens allemand du mot.

Vu à Lyon, le 15 juin 1903.

LE PRÉSIDENT DE LA THÈSE,
E. LAMBERT.

Vu :

Lyon, le 17 juin 1903.

LE DOYEN DE LA FACULTÉ,
E. CAILLEMER.

Permis d'imprimer :

Lyon, le 17 juin 1903.

LE RECTEUR DE L'ACADÉMIE,
PRÉSIDENT DU CONSEIL DE L'UNIVERSITÉ,

Gabriel COMPAYRÉ.

BIBLIOGRAPHIE

- ARNDTS. — *Lehrbuch der Pandekten*. Stuttgart, 1883.
- BESELER. — *Volksrecht und Juristenrecht*. Leipzig, 1843. *Von den Testamentvollziehern* dans *Zeitschrift für deutsches Recht*, 1845, t. IX., *die Lehre von den Erbverträgen*.
- BRUNNER. — *Verhandlungen des 21 Juristentages*, t. 3.
- COSACK. — *Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts*, t. 2. Iena, 1901.
- CUNY. — *Verhandlungen*, t. 1.
- R. CAILLEMER. — *Origine et développement de l'exécution testamentaire* (époque franque et moyen âge). Lyon, 1901.
- DURANDI. (D. g., épiscopi Mimatensis). — *Speculum juris. cum Ioan. Andreæ... Baldi, visionibus*, Francfort, 1612.
- DERNBURG. — *Pandekten. — Lehrbuch des preussischen Privatrechts*.
- ENDEMANN. — *Einführung in das Studium des bürgerlichen Gesetzbuchs*. Berlin, 1899.
- FÖRSTER-ECCIUS. — *Preussisches Privatrecht*, 7 Aufl., Bd. 4.
- GIERKE. — *der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht*. Leipzig, 1889.
- GERBER. — *System des deutschen Privatrechts*. Jena, 1886.
- GOLDFELD. — *Streitfragen aus dem deutschen Erbrecht*. Hambourg, 1893.
- GRUCHOT. — *Preussisches Erbrecht in Glossen zum Allgemeinen Landrecht*. Berlin, 1866.
- HAIDLEN. — *das B. G. B. mit Motiven und sonstigen gesetzgeb. Vorarbeiten*, 1897.
- HARTMANN. — *Verhandlungen des 21 Juristentages*, t. 1.

- HELLWIG. — *Anspruch und Klagercht. Beiträge zum bürgerlichen- und zum Prozessrecht, dans Abhandlungen zum Privatrecht und zum Civilprozess*, t. V. 1. 1900.
- HINSCHIUS. — *Preuss-Anwaltszeitung*, 1866, n° 48.
- KOCH. — *Das preussische Erbrecht*. Berlin, 1865.
- KREITTMAYR. — *Anmerkungen über den codicem Maximilianum bavaricum civilem*. München, 1796.
- LISSAUER. — *Die juristische Natur des Testamentsvollstreckers*. Diss. Erlangen, 1896.
- LEVY. — *Verhandlungen*, t. III.
- MÜHLENBRUCH. — *Glück's Pandekten Commentar fortgesetzt von Mühlenbruch*, 1843, t. 43.
- MÄDER. — *Die Rechtsstellung des Testamentsexecutors*. Diss. Marburg, 1897.
- MEISCHEIDER. — *Die letztwilligen Verfügungen nach dem bürgerlichen Gesetzbruch für das deutsche Reich*. Leipzig, 1899.
- MOMMSEN. — *Entwurf eines deutschen Reichsgesetzes über das Erbrecht nebst Motiven*. Braunschweig, 1876.
- MOTIVE. — *Zu dem Entwurfe eines. B. G. B.* 1888.
- PUCHTA. — *Pandekten*, 12 Aufl. Leipzig, 1877.
- PLITT. — *Das eheliche Güterrecht und das Erbrecht Lübeck's in seinen Grundzügen dargestellt*. Wismar, 1884.
- Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des B. G. B., t. 5. Berlin, 1899.
- PLANCK. — *Bürgerliches Gesetzbuch und Einführungsrecht*. Berlin, 1898.
- ROSSHIRT. — *Zeitschrift für Civil- und Criminalrecht* 1883, t. I, p. 231, s.
- ROSENTHAL. — *Die rechtliche Natur der Testamentsexekution*. Diss. Breslau, 1883.
- ROTH. — *Bayrisches Civilrecht*. Tübingen, 1875.
- STOBBE. — *Handbuch des deutschen Privatrechts*, 1 und 2 Aufl. Berlin, 1882-1885.

- STURM. — *Die Lehre von den Testamentsvollstreckern*, 1898.
- SECKT. — *Beitrag zur Lehre von der Testamentsvollstreckung*.
Diss. Rostock. Leipzig 1899.
- SCHULTZE. — *Treuhänder in geltenden bürgerlichen Recht*
dans Jherings Jahrbücher, 1902, n° 7.
- UNGER. — *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*. 3 Aufl. Leipzig 1879.
- WINDSCHEID. — *Lehrbuch des Pandektenrechts*. 3 Aufl. Dues-
seldorf. 1874.
- *Verhandlungen des 21 deutschen Juristentages, herausge-
geben von dem Schriftführer Amt der ständigen Deputa-
tion* ; erster Bd. Berlin 1890. Dritter Band. 1892.

NOTA

Les textes des droits particuliers sont cités d'après GRUCHOT
et ROTH.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	1
-------------------	---

PREMIÈRE PARTIE

Les diverses théories sur la nature de l'exécution...	13
--	-----------

CHAPITRE PREMIER

THÉORIES BASÉES SUR L'ANALOGIE.....	
§ I. — <i>Théorie de la tutelle</i>	17
§ II. — <i>Théorie du mandat</i>	20
§ III. — <i>Théorie de l'arbitre</i>	24

CHAPITRE II

BESLER. THÉORIE DE LA REPRÉSENTATION FORMELLE.....	26
--	----

CHAPITRE III

THÉORIES IMPROPREMENT APPELÉES THÉORIES DU LEGS.....	32
--	----

CHAPITRE IV

THÉORIE DU DROIT PROPRE.....	41
------------------------------	----

CHAPITRE V

THÉORIE DE LA REPRÉSENTATION DE LA SUCCESSION.....	46
--	----

CHAPITRE VI

THÉORIE DE L'EXÉCUTEUR REPRÉSENTANT DE L'HÉRITIER...	62
--	----

DEUXIÈME PARTIE

Conditions requises pour être exécuteur. Commencement et fin des fonctions de l'exécuteur.....

CHAPITRE PREMIER

CAPACITÉ REQUISE POUR ÊTRE EXÉCUTEUR..... 81

CHAPITRE II

NOMINATION DE L'EXÉCUTEUR..... 88

CHAPITRE III

POINT DE DÉPART DES FONCTIONS DE L'EXÉCUTEUR..... 102

CHAPITRE IV

FIN DES FONCTIONS DE L'EXÉCUTEUR..... 110

APPENDICE. — CHAPITRE V

INDEMNITÉ QUE PEUT TOUCHER L'EXÉCUTEUR POUR SA GESTION..... 122

TROISIÈME PARTIE

Droits et devoirs de l'exécuteur. Introduction. Généralités. Comparaison entre les exécuteurs du code, de l'ancien droit et du premier projet..... 127

SECTION PREMIÈRE

DEVOIRS ESSENTIELS DE L'EXÉCUTEUR.....

CHAPITRE PREMIER. — EXÉCUTION DE LA DERNIÈRE VOLONTÉ..... 142

CHAPITRE II. — PARTAGE ENTRE LES COHÉRITIERS..... 149

SECTION II

DROITS ACCESSOIRES DE L'EXÉCUTEUR. ADMINISTRATION DE
LA SUCCESSION ET DROITS QUI EN DÉCOULENT.....

§ I. — <i>Droit d'administration</i>	156
§ II. — <i>Prise de possession</i>	158
§ III. — <i>Droit de disposition</i>	159
§ IV. — <i>Droit de recevoir le paiement des créances de la succession, de faire rentrer ces créances et de payer les obligations de la succession</i>	161
§ V. — <i>Droit de contracter des obligations pour la succession</i>	164

SECTION III

EXTENSION DES DROITS DE L'EXÉCUTEUR.....

CHAPITRE PREMIER. — L'ADMINISTRATION, DROIT AUTO-
NOME..... 170CHAPITRE II. — DROIT DE CONTRACTER DES OBLIGATIONS
D'UNE MANIÈRE ILLIMITÉE..... 178

SECTION IV

RESTRICTION DES DROITS DE L'EXÉCUTEUR..... 180

SECTION V

FORMES SPÉCIALES D'EXÉCUTION PRÉVUES PAR LE CODE....

§ I. — <i>Exécuteur nommé pour exercer les droits d'un substitué jusqu'à l'arrivée de la substitution</i>	182
§ II. — <i>Exécuteur nommé pour prendre soin des charges imposées à un légataire</i>	184

SECTION VI

OBLIGATIONS DE L'EXÉCUTEUR..... 187

§ I. — <i>Obligation de dresser un état de la succession</i> ..	188
§ II. — <i>Obligation d'administrer régulièrement</i>	191

§ III. — <i>Application à l'exécuteur de certaines règles du mandat</i>	194
§ IV. — <i>Responsabilité de l'exécuteur</i>	198
§ V. — <i>Remise à l'héritier par l'exécuteur des objets dont il n'a plus besoin pour remplir ses devoirs</i>	200

SECTION VII

PLURALITÉ D'EXÉCUTEURS.....	
MODIFICATIONS QU'ELLE APORTE AUX DROITS ET DEVOIRS DE CHAQUE EXÉCUTEUR.....	206

QUATRIÈME PARTIE

Modifications apportées à la situation juridique de l'héritier et des tiers par la nomination d'un exécuteur.....

§ I. — <i>Restrictions apportées au droit de disposer de l'héritier</i>	213
§ II. — <i>Limitation apportée au droit de l'héritier d'intenter des procès pour la succession et d'y défendre</i>	216
§ III. — <i>Impossibilité pour les créanciers de l'héritier, de s'attaquer aux objets soumis à l'administration de l'exécuteur</i>	224
CONCLUSION.....	229
BIBLIOGRAPHIE.....	233



BUZANÇAIS (INDRE) — IMPRIMERIE F. DEVERDUN
